

LVDOVICI GODOFREDI MADIHN,

PRINCIPIA IVRIS ROMANI

IN

VSVM PRAELECTIONVM

SYSTEMATICE DISPOSITA.

PARS II.

DE IVRE RERVM.



EDITIO TERTIA.

BEROLINI, TYPIS BERNVTHI.

MDCCCIII.

CONSPECTVS PART. II.

seu

THEORIAE SPECIAL. IVRIVM REALIVM.

Diſtinct.

Conſpectus Part II.

Membr.

Conſpectus Part. II.

Tit.

THEO.

THEORIA SPECIALIS
IVRIVM IN REM.

§. CCCXVIII.
De numero specierum iuris in rem.

Ius in re seu *ius reale* ita est comparatum *vt obiectum eiusdem sola res sit, absque omni coniunctione cum determinata persona* (§. 29.) Eam vero indolem quaenam et quotnam iura acceperint, varie disputatur *a*). Decidenda autem haec quaestio nobis ante omnia videtur secundum diuersitatem ipsorum Iurium in Germania valentium, adeo vt alia iura realia secundum Ius Romanum, alia secundum Ius germanicum, canonicum, et feudale, ponenda sint. De priori tantum casu nobis hoc loco sermo est, et tunc in ea quaestione: *quotnam sint iurium realium species?* generaliter respondendum erit: *tot species iurium realium Iure Romano sunt, quot diuisiones ipsarum rerum humani iuris* (§. 43.) supra spectauimus, adeoque vel est *ius reale in res proprias*, vel *in res nullius*. Ad *posteriora* pertinet 1) *ius reale in res negatiue communes*, adeo vt hoc ius reale consistat *in iure, omnibus hominibus communi, rebus negatiue communibus vtendi atque fruendi absque omni relatione ad determinatam personam competente*, 2) *ius reale* ad-

adquirendi res iacentes, adeo vt vi huius iuris realis nobis competat *facultas cum exclusione omnium aliorum res iacentes adquirendi*, et ad hoc ius reale adquirendi res iacentes, Romani potissimum retulerunt *ius hereditarium*, 3) *ius adquirendi res nullius in specie tales*, quoniam et hoc ius adquirendi omnibus ciuibus commune *b*) et eius est indolis, vt in nulla connexione cum determinata persona positum sit, potius *res nullius in specie tales a quouis et semper adquiri possint.* Notandum tamen *ex primo et tertio hoc iure nullam oriri actionem realem*, quod etiam secundum indolem horum iurium cogitari nequit, adeoque *sunt iura realia, ex quibus nulla oritur actio realis.*

a) Sic inter HAHNIVM, BORNIVM et STRVVIVM et inter THOMASIVM et WAECHTLERVM super hac re vehementer disputatum est Add. BRVMSTORF Diss. *exhibens Romanorum iuris in re species*, Arh. 1661. G. H BRÜCKNER Pr. *de iure reali, eiusque act. et specieb.* Frf 1728. F. A HOMMEL Diss. *quinque iuris in re species, quas vulgo tradunt nec semper tales esse, nec solas*, Lips. 1736.

b) *L.* 2 *D. de rer. diu. Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam vniuersitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum. — Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc littora maris. L.* 3. *Item lapilli, gemmae, ceteraque, quae in littore maris inuenimus, iure naturali nostra statim fiunt. L.* 4. *Nemo igitur ad littus maris accedere prohibetur piscandi caussa, dum tamen villis et aedificiis, et monumentis abstineat, quia non sunt iuris gentium sicut et mare. — Sed flumina paene omnia et portus publica sunt. L.* 5. *Riparum vsus publicus est iure gentium, sicut ipsius fluminis. Itaque nauem ad eas appellere, funes ex arboribus ibi natis religare, retia siccare, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen nauigare: sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent, qua de caussa arbores quoque in his natae eorundem sunt. In mare piscantibus liberum est* ca-

casam in littore ponere, qua se recipiant. C. G. REINHARTH Diss. *de iure Rom. circa flumina, alueos et ripas,* Lips. 1738.

§. CCCXIX.

Continuatio.

Priora autem seu *iura realia in res proprias*, vel ita sunt comparata vt tale ius, rem propriam in specie talem (§. 43.) pro obiecto habeat, vel rem alienam. Illo in casu, ius hoc nominatur, *dominium*, hoc vero in casu inde oriuntur quatuor iura realia in re aliena 1) *ius pignoris*, 2) *ius dotium*, 3) *emphyteuticarium*, 4) *ius seruitutis*. Et ita quidem in generc octo species iuris realis adsumere licet, nempe 1) *dominium*, 2) *ius dotium*, 3) *ius pignoris*, 4) *ius emphyteuticarium*, 5) *ius seruitutis*, 6) *ius in re negatiue communi*, 7) *ius in res iacentes* seu *ius res iacentes adquirendi*, 8) *ius res nullius in specie tales adquirendi*. Sed quum de iure vtendi rebus negatiue communibus, et de iure adquirendi res iacentes, hereditate excepta, sicut et de iure adquirendi res nullius in specie tales, nulla specialia principia *in Iure Romano exstent*, communiter solum *sex species* adsumi solent, puta 1) *dominium*, 2) *ius pignoris*, 3) *ius dotium*, 4) *ius emphyteuticarium*, 5) *ius seruitutis*, et 6) *ius hereditarium*, et quidem si diuisio dominii in plenum et minus plenum placet, quatuor solum statuuntur iura realia, scilicet 1) *dominium*, sub quo etiam *ius dotium*, tamquam *dominium ciuile*, nec non *emphyteusin*, *superficiem*, et iure feudali quoque *feudum*, tamquam *dominii vtilis species*, comprehendunt, 2) *ius seruitutis*, 3) *ius pignoris*, 4) *ius hereditarium*. Quid quod BORNIVS *a*) aliique *vnam* solum speciem, *vnum*

 scili-

scilicet *dominium* statuerint? Denique et a quibusdam *possessio*, sed valde absurde *ad iura realia relata est*. Namque possessio, qua talis, non dat ius possidendi (§. 65.), multoque adeo minus ius reale, et quamuis possessor remedia retinendae et recuperandae possessionis (§. 62. 301.) immo etiam iure can. contra tertinm m. f. et vsu fori contra b. f. possessorem quoque actionem spolii (§. 302.) habeat, haec tamen *iura possessionis* (§. 65.) solum sunt, quae cuique etiam m. f. possessori et furi competunt, quoties de eo nondum constat, neque adeo effectus iuris realis dici possunt.

a) in Diss. *de iure in re actiones reales producente*, Lips. 1662. H. E. Kestner Probl. iurid. *omne ius esse ius reale*, Rint. 1707. D. H. Kemmerich Progr. *de dominio tamquam vnica species iuris in re*, Viteb. 1724.

b) G. Stvrm Diss. *de poss. iure in re et ad rem eliminanda*, Ien. 1725. (Ei. *Diss. Ienens. n.* 1.) I. B. Friese Progr. *de iure poss. ex censu iurium in re eliminando*, Ien. 1725. S. P. Gasser Diss. (169. not. c.) H. G. Scheidemantel Diss. *an possessio iuribus realibus sit adnumeranda*, Stuttg. 1786. Ist *possessio ius in re* oder nicht? (Vers. e. Beytr. z. pos. RW. 1. St. *n.* 2.)

Membrvm I.

De dominio.

DISTINCT. I.

De indole dominii.

§. CCCXX.

De notione et indole dominii, iuribusque in eo contentis.

Dominium seu *proprietas* a) est ius *proprium*, *a iure*

iure priuati alterius independens, de re quadam cum exclusione omnium reliquorum in perpetuum pro libero arbitrio disponendi. Ad vlteriorem explicationem huius definitionis pertinet, 1) *dominium* hoc loco solum *priuato in relatione ad alium priuatum tribui*, adeoque salua definitione restrictiones adesse possunt ex *legibus* et *caussis publicis*, 2) *restrictum* quoque hoc *liberum arbitrium esse posse per dispositiones ipsius domini*, sed hoc definitioni non obstat, quoniam ratio huius restrictionis non in indole dominii, sed in factis propriis domini deprehenditur, adeoque *dominus nullos fines agnoscit* ratione ceterorum priuatorum, *nisi quos sibi ipsi posuit*, 3) *cetera* vero *iura priuatorum ita sunt comparata, vt secundum eorum essentiam eiusmodi liberam disponendi facultatem non inuoluant*, sed potius *propter dominium alteri competens eadem sunt terminata* atque *restricta*, indeque etiam addendum erat: a *iure priuati alicuius independens*, quoniam iura in re aliena quidem facultatem inuoluere possunt, de re quadam in perpetuum cum exclusione omnium reliquorum disponendi, sed omnia haec iura propter ipsum dominium, alii competens, limites habent, et dependet a summo atque principe illo iure, nempe dominio. Dominium itaque tamquam creator cogitari potest absque omnibus ceteris iuribus, haec autem non sine illo, in quibus illimitatum liberum arbitrium non reperitur.

a) *L.* 1. §. 1. *D. ad Sct. Silan. Dominii appellatione continetur, qui habet proprietatem, etsi vsusfructus alienus sit. L.* 13. *pr. D. de adq. rer. domin. Dominium mihi, id est, proprietas. L.* 25. *D. de V. S. vsus fructus non pars dominii est.* —

§. CCCXXI.

§. CCCXXI.

De iuribus dominio contentis.

Ex data igitur definitione cognoscimus 1) *domino in relatione ad omnes alios priuatos, ius competere omnes actus circa rem suam suscipiendi, prout sibi placet*, ideoque 2) *domino ius esse rem suam destruendi*, 3) *illam deteriorandi corrumpendique*, 4) *rei formam immutandi*, 5) *rem suam iterum derelinquendi*, 6) *iusque suum in alios transferendi*, et quidem aut *totum suum ius* seu *ipsam proprietatem*, aut *aliud ius*. Haec tamen omnia iura, vt iam monuimus (§. praec.), interdum restringuntur tam ex caussis publicis *a*), quam ex dispositionibus ipsius domini valide susceptis *b*), quo pertinent alienationes ad manus mortuas prohibitae, restrictus agrorum, syluarum, hortorum, venationum vsus, restricta aedificandi libertas, impedita syluarum ruina, confirmatio contractuum dominii translatiuorum, translationes dispositionibus antecessorum interdictae etc. Deinde etiam domino 7) competit ius *tam re sua vtendi* et *fruendi, quam abutendi* seu *consumendi*, sed ad essentiam dominii ius vtendi fruendi non pertinet, potius, salua proprietate, vsusfructus seu ius vtendi et fruendi in alium, etiam in perpetuum, translatum esse potest, prout infra vlterius adparebit.

a) *L. vn. pr. §. 6 D. de rip. muniend.*

b) I. L. SLEVOGT Diss. *de alienatione a domino prohibita*, Ien. 1677. D. STAVINSKY Diss. *de illicita alienatione ex pacto*, Regiom. 1706. S. F. WILLENBERG Diss. *de domino alienare prohibito*, (Ei. *Diss. iur. n.* 22.)

§. CCCXXII.

De condominio seu dominio in re communi.

Dominium vel pluribus in re quadam competit,

tit, vel non. Priori in casu *res in condominio* esse ipsumque dominium *condominium* dicitur. In condominio vtriusque iura sunt aequalia, adeoque vnus sine alio nihil de re communi disponere neque aliquid facere potest, sed *in refectione necessaria*, et *impensis necessariis*, atque *vtilibus melior conditio est adfirmantis a*), in *impensis* vero *voluptuariis melior conditio est prohibentis b*). Simulque principium et in hac communione incidenti (§. 211.) valet: *nemo inuitus in communione subsistere tenetur* (§. 214. not. *c*.) ita tamen, vt, si pactum, ne intra certum tempus communis res diuidatur, adiectum est, interesse praestetur *c*). In diuisione rei communis res quae commode diuidi nequeunt, plus licitanti, etiam extraneo, adiudicantur *d*), nisi condomini de diuisione inter se consentiant. Nomina ipso iure sunt diuisa, adeoque nuda declaratio de tollendo condominio sufficit.

a) L. 12. D. *commun. diuid. Si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere vel demolire, vel in eum immittere quid opus sit, communi diuidundo iudicio erit agendum, aut interdicto vti possidetis experimur.* I. A. Beier Diss. *de restauratione domus ruinosae communis*, Ien. 1705. G. L. Mencken Diss *de iuribus reficientis aedificium commune inuito socio*, Lips. 1710. F. R. Mollinger Diss. *de pariete communi*, Arg. 1734.

b) L. 28. D. *eod. Sabinus in re communi neminem dominorum iure facere quidquam, inuito altero posse, vnde manifestum est, prohibendi ius esse. In re enim pari potiorem caussam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, vt tamen factum opus tollat cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc praetermisit.*

c) L. 14. §. 2. *eod. Si conueniat, ne omnino diuisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.* §. 3. *Si inter socios conuenisset, ne intra certum tempus societas diuideretur, quin vendere liceat ei, qui tali*

tali conuentione tenetur, non eſt dubium. Quare emtor quoque communi diuidundo agendo, eadem exceptione ſummouebitur, qua auctor eius ſummoueretur. add. §. 214. *not. c.*)

d) L. 3. C. *comm. diuid.*

§. CCCXXIII.

De diuiſionibus dominii.

Proprie quidem et origeetenus dominium ſolum de re corporali, ſed deinde etiam de rebus incorporalibus praedicatur, adeo vt dominium rei corporalis dicatur *verum* ſeu *in proprio et originario ſignificatu*, rei incorporalis vero dominium, *quaſi dominium* ſeu *in ſenſu improprio.* Sed obiectum dominii ſolum differt, non ius ipſum, adeo vt poſterius aeque ſit facultas moralis de iure quodam diſponendi pro libero arbitrio, indeque etiam *obiectum quaſi dominii eſſe poteſt ius perſonale*, ſeu *debitum perſonale*, neque illud repugnantiam notionum inuoluit, quum obiectum dominii quidem ſit ius perſonale, obiectum autem iuris perſonalis, determinata perſona. Non igitur ita improprie dominium rei incorporalis adſumitur, ſed idem continet ac dominium verum. De dominii diuiſione in *Quirit.* et *bonit.* iam dictum eſt in Inſtitutionibus, de famoſa autem illa diſtinctione in *plenum* et *minus plenum*, in *directum* et *vtile*, vt et in *naturale* et *ciuile* infra (§. 384.)

DISTINCTIO II.

De adquiſitione dominii.

§. CCCXXIV.

Dominii adquiſitio, vt omnis iuris adquiſitio, requirit *titulum* atque *modum adquirendi* (§. 68.)

Ti-

Titulus dominii adquirendi eſt *ratio legitima, qua dominium adquiri poteſt,* *modus* autem *adquirendi dominii* eſt *illud, quo dominium actu ab aliquo adquiſitum eſt.* Deinde etiam adquiſitio dominii vel *deriuatiua* vel *originaria* eſſe poteſt. Prior contingit *accedente facto prioris domini translatiuo* posterior vero *absque illo*, adeoque et titulus et modus adquirendi, vel originarius, vel deriuatiuus eſſe poteſt. Quibus praepoſitis facile ex notionibus antecedentibus cognoſcimus: 1) *dominium rei nullius non deriuatiue* ſed tantum *originarie adquiri poſſe*, quia res nullius, qua talis non actu eſt in proprietate prioris cuiusdam domini, qui tale factum ſuſcipere potuiſſet, 2) *dominium rei alienae* tam *deriuatiue* quam *originarie adquiri poſſe*, prout nempe prioris domini factum translatiuum antecedens ponitur, vel non, 3) *proprietatem rei iacentis* tam *deriuatiue*, quam *originarie adquiri poſſe* et quidem pro diuerſitate rerum iacentium, et prout, vel prior dominus tale factum translatiuum antequam res iacens facta eſt, ſuſcipere potuit et actu ſuſcepit, vel non.

§. CCCXXV.

Porro *adquiſitio dominii*, vel eſt *naturalis*, vel *ciuilis a*). Prior eſt *ea, cuius adquiſitionis ratio in ipſis iam legibus naturalibus deprehenditur*, ſeu quae iam ex mente Romanorum ſecundum ius naturae ſeu ius gentium ſtatui debet, indeque facile adparet, quid ſit *titulus* atque *modus adquirendi dominii naturalis.* Poſterior vero eſt ea, quae in *ſolis legibus Romanis* ſeu *in Iure ciuibus Romanis proprio fundata eſt*, eaque adquiſitio dominii, vel eſt *vniuerſalis*, vel *particularis*, ſeu *ſingularis*, et vel *originaria*, vel *deriuatiua*, vt et vel *ſolennis*, vel *minus ſolennis.*

a) L.

a) §. 21. *I. de res diuis. Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod sicut diximus appellatur ius gentium, quarundam iure ciuili Commodius est itaque a vetustiore iure incipere. Palam est autem, vetustius esse ius naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Ciuilia enim iura tunc esse coeperunt, quum et ciuitates condi et magistratus creari et leges scribi coeperunt.*

Tit. I.

De adquisitione dominii naturali et quidem deriuatiua.

§. CCCXXVI.

Quid ad adquisitionem dominii deriuatiuam requiratur.

Adquisitio dominii deriuatiua praeponit *factum prioris domini translatiuum* (*§. praec.*), adeoque modus in deriuatiua adquisitione dominii naturali a parte *transferentis*, *in traditione* (§. 64.) et quidem *vestita a*), seu *in translatione possessionis ita facta consistit*, vt *accipiens proprietatem in hac re habeat*, siue id fiat vera, siue ficta ratione (§. cit.) Ad perfectam autem et suis numeris absolutam hanc adquisitionem requiritur, 1) *vt is, qui facto suo dominium translaturus est, ipse dominium b*), 2) *liberum alienandi arbitrium* 3) *animum seu voluntatem transferendi dominium habeat*, 4) *vt adsit titulus ad transferendum dominium habilis c*), qualis habetur, emt. vend. donat. legat. hered. instit., adiudicat. etc. non vero loc. cond., oppignoratio commod. depos. etc. 5) *vt factum translatiuum a transferente actu suscipiatur*, et denique 6) *vt a parte adquirentis etiam acceptatio et adquisitio pos-*

possessionis adsit. Adquisitio igitur dominii deriuatiua traditione potissimum peragitur, indeque vnus idemque modus est, licet tituli diuersi esse possint, qui tamen specialiter hoc loco considerandi non sunt. Sed et traditio tam in eum qui *ante traditionem iam certus est d)*, quam *in eum, qui inter plures adquirere volentes primus adprehenderit*, fieri potest. Posteriori in casu *iactus missilium* fieri dicitur. Qui igitur *missilia iactat, res suas non derelinquit*, sed *in alterum proprietatem per traditionem transfert e)*.

a) §. 40. *I. de rer. diuis.* (Ex *L.* 9. *D. de a. r. dom.*). *Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur. Nihil enim tam conueniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi. — Sed si quidem, ex caussa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex caussa tradantur, sine dubio transferuntur.* §. 41. *Venditae vero res et traditae* — (§. 174. *not. c.*). *L.* 59. *eod. Res ex mandato meo emta, non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit.*

b) *L.* 54. *D. de R. I.* (§. 27. *not. c.*). *L.* 20. *D. de adq. rer. domin. Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, in tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit, nihil transfert.*

c) *L.* 31. *D. de adq. rer. dom. Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta caussa praecesserit, propter quam traditio quaedam sequeretur.*

d) *L.* 55. *D. de oblig. et act.* (§. 256. *not. d*)

e) §. 46. *I. de rer. diuis. Hoc amplius interdum et in incertam personam collata voluntas domini transfert rei proprietatem: vt ecce Praetores et consules, qui missilia iactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus, et tamen quia volunt quod quisque exceperit, eius esse, statim eum dominum efficiunt.* F. H GRAFF Diss. *de missilibus*, Lips. 1734. C. L. WESENFELD Diss. *de sparsione missilium ad interpret. Nou.* 105. *de consul.* Trai. ad Rh. 1744.

f) Neque obstat *L.* 5. *D. pro derel.*

Tit. II.

De adquisitione dominii naturali originaria.

§. CCCXXVII.

1) *De occupatione.*

Dominium naturaliter originarie duplici modo secundum doctrinam Romanorum adquiritur, et quidem 1) *occupatione* et 2) *accessione*. *Occupatio* est *actus quo per primam adquisitionem possessionis ciuilis rei nullius, dominium eiusdem adquiritur.* Ad dominii igitur adquisitionem per occupationem requiritur 1) *vt quis primus possessionem*, 2) *ciuilem* (§. 63.), 3) *rei nullius adquisiuerit*. Et quum neque solo animo, neque solo corpore possessio ciuilis adquiratur, vtrumque etiam in occupatione necessarium est. Quare etiam 1) *res immobilis sine ingressu in fundum*, et *res mobilis sine adprehensione rei nullius, cum animo rem sibi propriam habendi coniuncta, occupari nequit*, 2) *omnes* autem *res nullius, quatenus dominii priuatorum capaces sunt, occupari* et inde *in dominium redigi possunt*, siue numquam in dominio ante fuerint, siue pro derelictis *b*) haberi debeant, 3) *ea quae plane adprehendi et plane possideri nequeant, non possunt occupari*, quia nulla in his potest cogitari possessio ciuilis.

a) *L.* 3. *D. de adq. rer. dom. Quod enim nullius, id ratione naturali occupanti conceditur.* I. W. Goebel Progr. *de occupatione in genere*, Helmst. 1727. A. a Leyser Spec. 439. G. W. Ring Diss. *de originaria dominii adquisitione per occupationem*, Erf. 1740.

b) *L.* 1. *L.* 5. *D. pro derelict.* §. 47. *I. de rer. diuis. Qua ratione verius esse videtur si rem pro derelicto a domino habitam*

bitam occupauerit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abiecerit, vt id rerum suarum esse nolit ideoque statim dominus esse desinit. C. ZIEGLER Diss. *de reb. pro derel. habitis, ad* §. 46. *I. de rer. diu.* Viteb. 1686. (Ei. *Discept. sel.* p. 1101.) *a* LEYSER Spec. 443. *von* ALPHEN Diss. *de reb. pro derel. habitis*, Trai. 1733.

CCCXXVIII.

Species occupationis.

Occupatio varias pro diuersitate obiecti accepit denominationes. 1) *Occupatio bellica a*), seu *venatio bellica* versabatur *circa res hostium.* A romanis enim hostium res et personae pro rebus nullius habebantur, adeoque et primo occupanti cedebant. *Hodie* autem captiui redimuntur aut commutantur, res autem *b*) captae aut ad singulos milites et victores aut ad totum exercitum, aut ad illum, qui bellum gerit pertinent. Res priuatorum a militibus sine permissu superioris bellici inimici surreptae in dominio possessoris non sunt, adeoque vindicari possunt ab emtore, restituto tamen pretio, quo res captae ab exportatione seruatae sunt. 2) *Occupatio rerum animatarum*, quae tunc *in genere* dicitur *venatio*, si *fera bestia* occupatur, sin *mansuefacta, occupatio in specie talis. Venatio* in genere vel erat *piscatio*, qua occupantur *bestiae in mari degentes*, vel *aucupium* quod versatur *circa volucres*, vel denique *venatio in specie talis*, qua capiuntur *ferae bestiae in fundo circumuagantes.* 3) *Occupatio rerum inanimatarum*, seu *inuentio.* Apud Romanos enim non solum cuique licebat gemmas margaritas, lapides, salia, metalla et cuiuscunque generis feras bestias, volucres et pisces *in suis*, et *publicis* atque *negatiue communibus locis* existentes sibi adquirere, sed etiam, *quae in alieno*

fundo

fundo erant, atque deprehendebantur, adeo vt damnum quidem actione legis Aquiliae peti potuerit, ipsa tamen res capta in dominio occupantis maneret. Sed *feras bestias viuario inclusas*, et *pisces in lacu alii proprio existentes e*), vt et *thesaurum* capere non licebat. *Ferae f*) tantum bestiae cedebant occupanti, non *mansuetae*, prioresque etiam *persequi licebat in alienis terris.* Quatenus ferae bestiae non res iacentes sed nullius *hodie* adhuc sunt, *eatenus etiam principia iuris romani adplicari debent*, sed maximam differentiam iuris nostri, potissimum in venatione et piscatione, vt et in inuentione, ex lectionibus Iuribus germanici cognituri sumus.

a) §. 17. *I. de res diuis.* (Ex L. 4. et 7. *eod*) *Item ea, quae ex hostibus capimus, iure gentium statim nostra fiunt, adeo quidem vt et liberi homines in seruitutem nostram deducantur, qui tamen, si euaserint, nostram potestatem, et ad suos reuersi fuerint, pristinum statum recipiunt.* C. G. Strecker Diss. *de modo adquirendi per occupationem bellicam deque eo, quod circa eum iustum est*, Erf. 1761. I. F. Bavdes Diss. *Obseruatt. ex iure Romano Germ. ad occupationem bellicam rerum mobilium potissimum pertinentes*, Alt. 1764.

b) I. Z. Hartmann Diss. *de occupatione bellica acquirendi dominium modo*, Kilon. 1703. *de* Ludewig Diss. *de differentiis I. R. et G. in re militari praesertim captiuorum*, Hal. 1721. rec. 1739. I. T. Richter Diss. *de mobilibus priuatorum rebus inter arma captis et alienatis*, Lips. 1746.

c) §. 18. *I. eod. Item lapilli et gemmae, et cetera quae in littore inueniuntur, iure naturali statim inuentoris fiunt.*

d) §. 12. *I. eod.* (Ex *L.* 1. §. 1. *et L.* 3. *D. eod.*) — *Nec interest, feras bestias et volucres vtrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi, aut aucupandi gratia, potest a domino, si is prouiderit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eiusque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur: quum vero euaserit custodiam tuam, et in naturalem*

lem libertatem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, quum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, vt difficilis sit eius persecutio. M H. GRIEBNER Diss. *de eo, quod iustum est circa feras, ex custodia delapsas,* Lips. 1702.

e) L. 16 *D. de seruit. praed rust. Diuus Pius ancupibus ita rescripsit: Non est consentaneum, vt per aliena praedia, inuitis dominis, aucupium faciatis* L. 13. §. 7. *D de iniur. — si quem tamen ante aedes meas, vel ante praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? Me iniuriarum iudicio teneri. Et quidem mare commune omnium est, et littora sicut aer. Et est saepissime rescriptum, non posse quem piscari prohiberi, sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis alienum fundum prohiberi potest. In lacu tamen, qui mei dominii est, vtique piscari aliquem prohibere possum.* L. 3. §. 14. *D. de adq. l. am. poss.*

f) §. 14. *I. de rer. diuis. Apium quoque natura fera est. Itaque, quae in arbore tua consederint, antequam a te alueo includantur, non magis tuae intelliguntur esse, quam volucres, quae in arbore tua nidum fecerint. Fauos quoque, quilibet eximere potest. Plane integra re, si promideris ingredientem fundum tuum, poteris eum iure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alueo tuo euolauerit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis eius est persecutio; alioquin occupantis fit.* Das Landers Bienen = Tauben und Jungfern = Recht, Frkf. 1723. C G. BIENER (Praes. SEGER) Diss. *Iur. R. et G. de apibus*, Lips. 1773.

g) §. 13. *I. eod Illud quaesitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, vt capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit* (scil. *Trebatio ICt.*) *statim esse tuam, et eousque tuam videri, donec eam persequaris. Quod si desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putauerunt tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere possunt; vt eam non capias.* I. H. RAYSS Diss. *de ferarum persecutione in territorio alieno*, Giess. 1730.

§. CCCXXIX.

§. CCCXXIX.

De adquisitione thesauri.

Adquisitio thesauri partim ad accessionem, partim ad occupationem et quidem ad inuentionem pertinet. *Thesaurus a*) est *complexus rerum a domino in loco abscondito non derelinquendi, sed custodiendi animo repositarum, quarum tamen dominus amplius demonstrari nequit.* Distinguendum autem in adquisitione thesauri, vtrum loco sacro aut religioso, an seculari inuentus sit. Priori in casu *totus inuentori concedebatur b*), si nempe locus religiosus *priuatus* erat, si vero locus *religiosus* publicus est, idem iuris est, ac in fiscali. Posteriori vero, vel artibus magicis, seu mediis illicitis, inuentus est, vel non. Illo in casu *totus quoque fisco cedit*, hoc vero, vel data opera in fundo alieno quaesitus est, vel non. Si prius *totus pertinet ad dominum*, sin posterius, *dimidia spectat ad inuentorem c*), adeoque et ad *mercenarios d*), si ad hoc opus specialiter non conducti sunt *e*) *altera* autem *dimidia ad dominum*, adeoque aut ad dominum loci priuati, aut ad dominum loci publici, aut ad ciuitatem. Patet inde, thesaurum *iure accessionis* pro parte aestimari, adeoque *ad solum dominum*, non fructuarium aut dominum vtilem bene vero *ad emtorem f*) pertinere. (§. 179. *in fin.*) Sunt quidem, qui hodie totum thesaurum, in fundis etiam priuatorum inuentum fisco vindicare velint, sed absque ratione *g*), et nouiori aetate sententia praeualet *thesauri adquisitionem ex solo iure Romano aestimandam esse*, nisi legibus particularibus aliud statutum.

a) L. 31. §. 1. D. *de adq. rer. dom. Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, vt iam dominum non habeat. Sic enim fit eius, qui inuenerit, quod non*

non alterius fit. Alioquin fi quis aliquid, vel lucri caussa, vel metus, vel custodiae, condiderit sub terra, non est thesaurus, cuius etiam furtum fit. I. A. FRANCKENSTEIN Diss. *de eo, quod iustum est circa thesauros*, Lipf 1727. C. A. BECK Progr. *de historia et fatis doctrinae de thesauris*, Ien. 1724.

b) §. 39. *I. de rer. diuif. Thesauros, quos quisque in loco suo inuenerit, D. Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui inuenerit. Idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu inuenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito inuenerit, dimidium inuentori, dimidium domino soli concessit. Et conuenienter si quis in Caesaris loco inuenerit, dimidium inuentoris, dimidium Caesaris esse statuit.* add. *L.* 39. *D. de rer. diuif. L.* 9. *in fin. L.* 3. §. *pen. D. de iur. fisc.*

c) *L. vn. C. de thes.* — *Nam in suis quidem locis vbicunque, dummodo fine sceleratis ac puniendis sacrificiis, aut alia qualibet arte legibus odiosa thesaurum (id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia) quaerere, et inuento vti, liberam tribuimus facultatem. In alienis vero terrulis nemo audeat inuitis, immo nec volentibus, vel ignorantibus dominis, opes abditas suo nomine perscrutari — in alieno loco thesaurum scrutatus, totum hoc locorum domino reddere compellatur. — Quod si forte vel arando, — vel quocunque casu, — in alienis locis thesaurum inuenerit, id quod repertum fuerit, dimidia retenta, altera dimidia data, cum locorum domino partiatur.* — I. B. FRIESE Diss. *de thesauro arte magica inuento*, Ien. 1719. I. E. LINCK Diss. *ad L. vn. C. de thes.* Arg. 1726.

d) *L.* 67. *D. de R. V. L.* 63. §. 3. *D. de adq. r. dom.* C. L. CRELL Diss. *Obseruatt. de thesauro a mercenariis aut fabris inuent. ad L.* 67. *D. de rei vind.* Viteb 1749. Eiusd. Diss. *Obseruatt. de thesauro a mercenariis aut fabris occultato, ad L.* 3. §. 11. *D. de iure fisc.* ibid. eod. van BYNCKERSHOECK opusc. *de iure thes a mercenario inuenti.* (Ei. *Obs. p.* 12.). C. G. RICHTER Diss. *de iure thes. a mercenario inuenti*, Lipf. 1773.

e) *L.* 6. *D. de donationib. Spec. Suev. c.* 388.

f) G. L. MARTINI Diss. *an thes. in fundo emto cum moneta viginti annorum excusa inuentus, ad venditorem potius, quam*

quam emtorem pertineat, Erf. 1709. I. G. SCHLITTE Diss. *de thes. in fundo vendito ante traditionem reperto*, Hal. 1714. I. E. LINCKE Diss. *de emtore ante traditionem rei venditae thesaurum, vel eius partem adquirente*, Arg. 1724. C. H. BREVNING Diss. *de iure thes. in fundo vendito non tradito*, Lips 1769.

g) Argumentum enim ex *Spec. saxon. I.* 35. petitum, non procedit. GOLL Diss. *an thesauri iure Germ. hodierno regalibus fisci adnumerandi sint?* Alt. 1754.

§. CCCXXX.

2) *De accessione eiusque speciebus.*

Accessione quoque naturaliter, vt Romani credebant, dominium adquiritur, cuius adquisitionis ratio in eo posita est, *quod cum nostra re alia res coniuncta sit*, adeoque *dominus rei principalis, etiam dominium rei accessoriae adquirit.* (§. 47. *not. a.*). *Res principalis* et *accessoria* (§. 47.) variis ex fundamentis ita dicuntur. Nempe res accessoria ea dicitur, 1) *quae postea demum obiectum iuris nostri facta est*, 2) *ex qua rei nostrae vsus tantum augeri*, 3) *ex qua tantum res alia ornamentum capere potest, licet etiam absque tali ornamento suo fini, ad quem comparata est, inseruiat*, et denique 4) *quae sine altera, ad quam accedit, esse nequit*, quum contra *res principalis bene esse possit absque re accessoria.* Et quidem haec coniunctio seu accessio 1) vel est *mere naturalis a*), quae producitur sola naturae operatione physica absque facto hominis, vel 2) *mere industrialis*, quae solo facto hominis efficitur, 3) et *mixta*, quae facto hominis et naturae operatione simul contingit.

a) H. RENNEMANN Diss. *de accessione naturali.* (Ei. *Irspd. R. G. M. II.*).

§. CCCXXXI

§. CCCXXXI.

De acceſſione naturali.

Acceſſione naturali 1) dominus adquirit proprietatem eius, *quod in re ſua et in ſuo animali naſcitur*, imprimis ad eam pertinet *foetura*, ſecundum illud: *partus ſequitur ventrem a*). Dominus maris, ſi illo inſcio equus in equam alterius admiſſus eſt, *actionem* tantum *in factum b*) contra dominum equae habet, *ad equimentum*, vt dicitur, *conſequendum*: 2) *alluuio*, *qua beneficio fluminis incrementum fundo noſtro latenter adiicitur c*), ſed in agris arcifiniis ſolum in praemium obligationis ripam muniendi, locum habebat, non vero in agris limitatis *d*) et adſignatis, in quibus alluuio *publica* erat; 3) *vis fluminis*, ſeu *appulſio*, *qua pars vicini praedii noſtro praedio vno impetu adiicitur*, ſi *longiore tempore cohaeſit e*), aut *ſeparatio fieri nequit;* ſed et tunc *dominus aeſtimationem petere poteſt f*): 4) *inſula in flumine nata g*), 5) *aluei mutatio h*). Principia Iuris Romani de *foetura*, *alluuione* et *vi fluminis* quidem *in Germania pure adplicantur*, ſed intuitu *inſulae in flumine natae*, et *aluei mutati*, aliud obtinet, quum flumen publicum *i*) cenſeatur: interim tamen principia iuris romani etiam in his tunc adplicari poſſunt, ſi inter diuerſos territorii dominos de flumine finali in Germania ſermo eſt.

a) §. 19. *I. de diuiſ. rer. Item ea, quae ex animalibus dominio tuo ſubiectis, nata ſunt, eodem iure tibi adquiruntur.* L. 84. §. 10. *D. de leg.* 1. *vt partus quoque matrem ſequatur.* L. 6. 7. *D. de adq. rer. dom.* C. G. Gmelin Diſſ. *de diuerſis partus ancillae et fetus pecoris iure.* Tub. 1778.

b) L. 51. §. 20. *D. de furt. Si quis aſinum meum coegiſſet, et in equas ſuas geniturae ſuſcipiendique foetus gratia admiſiſſet; furti non tenetur, niſi furandi quoque animum habuit.*

buit. Quod et — rescripsi circa equos, quibus eiusdem rei gratia subiecisse quis equas suas proponebatur, — in factum agendum.

c) §. 20. *I. d. rer. din. Praeterea quod per alluuionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi adquiritur. Per alluuionem autem id videtur adiici, quod ita paullatim adiicitur, vt intelligere non possis, quantum quoquo momento temporis adiiciatur.* A. FRITSCH *Ius fluuiaticum variorum auctorum in vnum volumen collectum.* Ien. 1672. van der MVLEN Diss. *de iure alluuionis,* Trai. ad Rhen. 1738. I. H. ALBINVS Progr. *de iure alluuionum,* Vit. 1734.

d) *L. 16. D. de adq. rer. dom. In agris limitatis ius alluuionis locum non habere constat.* — C. H. TROTZ *Ius agrarium Romanorum,* Franeq. 1753.

e) §. 21. *I. de diuis. rer. Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et vicini praedio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini tui haeserit, arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisita esse* add. *L. 7. D. de adq. rer dom.* Memorabilia exempla appulsionum habent PLIN. *hist. nat. lib.* 16. *c.* 1. et CAMBDEN *in vit. Elis. a* 1571. 1583. G. FELTMANN Diss *de accessionibus memorabilibus immani aquarum vi vel terrae motu factis,* Amst. 1691 C. G. REINHART Diss. *de iure Romanorum circa flumina, alueos et ripas,* Lips. 1739. H. G. BAVER Diss. *de insula, vi fluminis per terram interiectam praedio alieno iuncta, postquam coaluit, illi accedente, extinctoque prioris domini dominio.* (Ei. *opusc. T. II. n.* 15.).

f) *L. 3. D. de rei vind.*

g) §. 22. *I. tit. cit.* (Ex *L. 7. §. 3. eit.*). *Insula, quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit; nullius enim esse creditur. In flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab vtraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam praedia possident. Quod si aliqua parte diuisum sit flumen, deinde infra vnitum, agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius et fuerat.* B. H. REINOLD Spicileg. *de insulis,* (Ei. *opusc. p.* 599.).

J. J. Moser von dem Eigenthum derer in großen Ströhmen entstehenden Inseln und Anwachse. (Ei. N bst p. 400.). I. R. Engav Diss. cuinam insularum in fluminibus publicis natarum competat dominium, Ien. 1751. Ueber die Erwerb. des Eigenth. der in den Flüssen entstandenen Alluvionen, Anspl. u. Inseln sowohl überhaupt als nach sächs. R. (Köchy civil. Erört. I. S.)

b) § 23. *I. eod.* (Ex *L.* 7 §. 5. *cit.*) *Quod si naturali alueo in vniuersum relicto, alia parte fluere coeperit, prior quidem alueus eorum est, qui prope ripam eius praedia possident pro modo scilicet latitudinis cuiusque agri, quae latitudo prope ripam sit. Nouus autem alueus eius iuris esse incipit, cuius et ipsum flumen, id est publicus. Quod si post aliquod tempus ad priorem alueum reuersum fuerit flumen, rursus nouus alueus eorum esse incipit, qui prope ripam eius praedia possident.*

i) I. Bidenbach Conf. Ob ein Fürst in Hauptflüßen, so durch derer von Adel Obrigkeit und Güther lauffen, sich der landesfürstlichen Obrigkeit anzunehmen habe. (in Fritschii *Iur fluuiat. p* 2. *n* 7.). P. A. Cotto Diss *de iuribus statuum Imp. circa flumina et speciatim de regalibus immediatae S. R. I. Abbatiae Vrsinensis circa flumen Wertaba, vulgo* die Wertach, Arg 1756. C. F. Winckler Diss. *de iure circa flumina,* Kil. 1758.

§. CCCXXXII.

De accessione industriali, specificatione, adiunctione et commixtione.

Ad accessionem industrialem pertinet 1) Specificatio, *qua materiae nostrae alia forma citra nostrum consensum accedit,* in qua, 1) si specificans partim ex sua, partim ex aliena materia nouam speciem fecerit, *specificans dominium quoque materiae adquirit:* 2) si vero ex sola aliena materia et *res ad pristinam formam reduci potest, dominus materiae etiam fit dominus formae, sin reduci nequit, specificans materiae dominium adquirit.* Praeterea notandum *a*), ne quis damno alterius locuple-

pletior fiat, *dominus materiae aestimationem petere potest, si specificans in mala fide est*, aut *si in bona fide quidem est, ast locupletior inde existit*, β) *nihil interest, vtrum in b. f. an in m. f. fuerit specificans, quoniam per specificationem*, in qua materia ad pristinam reduci nequit, *res quasi desinit esse, quae ante fuerat.* 2) Adivnctio, quae inuoluit *coniunctionem corporum, ita tamen, vt vtriusque materiae partium series, quae ante fuit, maneat*, cuius species *inclusio, adferruminatio, adplumbatura, intextura c) inaedificatio, pictura* atque *scriptura* sunt, *in quibus*, excepta pictura, *dominus rei principalis dominium adquirit rei accessoriae*, si res accessoria non commode separari potest. Sed quoad *inaedificationem e*) tenendum: α) *si quis in fundo sibi proprio ex aliena materia aedificauit, aedificium adquirit dominus soli*, sed pretium restituere debet, β) *si in fundo alieno ex materia sibi propria aedificium exstruxit*, quod mobile non est *f*), *dominium quidem aedificii adquirit dominus soli*, attamen aeque refundere debet pecuniam eum in finem ab aedificatore impensam, alias vt aedificium tollatur, pati debet. 3) Commixtio, qua *partes vnius materiae cum singulis partibus alterius materiae conuectuntur*, eaque vel contingit ratione *rerum aridarum*, vel *rerum fluidarum.* Priori in casu *commixtio in specie talis*, posteriori vero *confusio.* In commixtione si res mixtae iterum separari possunt, *quisque suas res recipit*, si vero a se inuicem separari non possunt, *quisque quantitatem ex mixta materia recipit*, et quod interest, ab altero restituitur. *Confusio* vero modum adquirendi dominii inuoluit, *si res confusae a se inuicem non amplius separari possunt*, et quidem in hisce tribus a se inuicem separandis casibus, 1) *si casu res commixtae sunt*, 2) *si facto vnius ex hisce dominis com-*

commixtae sunt res vnius generis, in quibus duabus speciebus, res commixtae *fiunt communes*, 3) *si vero res diuersi generis facto vnius eorum confusae sunt, dominium rerum confusarum pertinet ad eum, qui commiscuit*, salua tamen obligatione alteri pretium rerum suarum restituendi.

a) §. 25. *I. de rer. diuis.* (Ex L. 7 D. *cit*). *Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, vtrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit: vt ecce, si quis ex alienis vuis, aut oliuis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento, vel aere, vas aliquod fecerit. Et post multas Sabinianorum et Proculeianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit. Si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. — Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, — dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit, quum non solum operam suam dedit, sed et partem eiusdem materiae praestitit.* D. F. HOHEISEL Diss. *de specificatione*, Hal. 1725.

b) L. 23. §. 4. D. *de rei vindicat. In omnibus igitur istis, in quibus mea res per praeualentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam vindicem, per exceptionem doli mali cogas pretium eius, quod accesserit, dare.*

c) §. 46. *I. cit. Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis intexuit, licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento, et qui dominus fuit purpurae, aduersus eum, qui subripuit, habet furti actionem, et condictionem, siue ipse sit, qui vestimentum fecit, siue alius. Nam exstinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus, et quibuscunque aliis possessoribus possunt.* EICHMANN Diss. *de effectibus mutationum in rebus furtiuis obuiorum.* Ien. 1775.

d) §. 34. *I. cit. Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturae cedere, aliis videtur, picturam, qualiscunque sit, tabulae cedere. Sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere. Ridiculum est enim, picturam Apellis*

vel

vel Parrhasii in accessionem vilissimae tabulae cedere. Vnde si a domino tabulae imaginem possidente, is, qui pinxit, eam petat, nec soluat pretium tabulae, poterit per exceptionem doli mali repelli. At si is, qui pinxit possideat, consequens est, vt vtilis actio domino tabulae aduersus eum detur, quo casu si non soluat impensam picturae, poterit per exceptionem doli mali repelli, vtique si b. f. possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod siue is, qui pinxit, subripuit tabulam, siue alius, competit domino tabularum furti actio. L. C. SMALCALDER Diss. *de pictura principali, scriptura accessorio*, Tub. 1747. I. C. RVDOLPHI Diss. *de accessione picturae*. Erlang 1756. G. TH. BOEMER Lib *super priuilegio pictorum*, Lips. 1751.

e) § 29. *I. cit. Quum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificauerit, ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne, quod inaedificatur, solo cedit. Nec tamen ideo is, qui materiae dominus fuerat, desiit dominus eius esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem XII. tabb. qua cauetur, ne quis tignum alienum aedibus suis iunctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestat per actionem, quae vocatur de tigno iniuncto. Appellatione autem tigni omnis materia significatur, ex qua aedificia fiunt. Sed si aliqua ex caussa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum iam persecutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea re agere.* §. 30. *Ex diuerso si quis in alieno solo sua materia domum aedificauerit, illius fit dominus, cuius et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem amittit, quia voluntate eius intelligitur alienata, vtique si non ignorabat, se in alieno solo aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, materiam vindicare non potest.* a LEYSER Spec. 447. KAESTNER *de vsu broc. quod solo inaedificatur solo cedit.* (Ei. Progr. n. 6.)

f) *L. 60. D. de adqu. rer. domin.*

g) § 27. *I. de rer. diu.* (Ex *L.* 7. *D. cit*). *Si duorum materiae ex voluntate dominorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, vtriusque commune est, veluti si qui vina sua confuderint, aut massas argenti, vel auri conflauerint. Sed et si diuersae materiae sint, et ob id propria species facta sit, forte ex vino et melle mulsum, aut ex auro et argento electrum, idem iuris est. Nam et eo casu com-*

munem

munem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito et non voluntate dominorum confusae fuerint, vel diuersae materiae, vel quae eiusdem generis sunt, idem iuris esse placuit. §. 28. Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem ex voluntate vestra, commune erit, quia singula grana, quae cuiusque propria fuerunt, ex consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit, siue tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant: nec magis illis casibus commune sit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio, pro modo frumenti cuiusque competit, arbitrio autem iudicis continetur, vt ipse aestimet, quale cuiusque frumentum fuerit. a LEYSER Spec. 449.

§. CCCXXXIII.

De accessione mixta.

Ad accessionem mixtam pertinet et *satio* et *implantatio*, respectu quarum principia valent: 1) *quidquid fundo inseritur et implantatur, id omne cedit domino fundi, simulac planta ibi radices egerit,* salua tamen obligatione ad aestimationem seminis aut plantae restituendam, 2) *arboris dominium ex radice aestimatur*, adeoque 3) *arbor in confinio posito ad eum pertinet, in cuius fundum radices egit,* indeque et communis est, si in vtriusque praedio radices suas habet. Haec etiam principia in Germania seruantur, nisi quod secundum consuetudinem vniuersalem germanicam *dominium arboris non vnice ex radice aestimetur*, sed potius *quatenus rami in vicini fundum propendunt, eatenus etiam non solum vicino liceat, eos abscindere, sed etiam fructus ipsos sumere in istis ramis exsistentes.* Vnde et iure Germanico *arboris dominium*, licet in vnius praedio tantummodo radices inueniantur, *eatenus ad alterum pertinet, quatenus propendet.*

a) §.

a) § 31. *I. cit.* (Ex *L.* 7. *cit.*). *Si Titius alienam plant in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diuerso, si Tit suam plantam in Meuii solo posuerit, Meuii planta erit, modo vtroque casu radices egerit, ante enim quam radi egerit, eius permanet, cuius et fuerat. Adeo autem ex tempore, qua radices agit planta, proprietas eius commutati, vt si vicini arbor ita terram Titii presserit, vt in eius fu dum radices egerit, Titii effici arborem dicamus: ration enim non permittere, vt alterius arbor esse intelligatur, qua cuius in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium a bor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, comm nis fit.* §. 32. *Qua ratione autem plantae, quae terrae co lescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, quae sa sunt, solo cedere intelliguntur.*

b) C. Wildvogel Diss. *de eo, quod iustum est circa a bores*, Ien. 1691. rec ib. 1737. I. G. Kravse Prog. *de dominio arborum turbine deiectarum in vicinum praediu*, Vit. 1736. G. F. Kravse Diss. *de iure vicini in arbo res in suum fundum propendentes*, Vit. 1765.

Tit. III.

De adquisitione dominii ciuili.

a) singulari.

§. CCCXXXIV.

In adquisitione dominii ciuili ante omnia inter *adquisitionem singularem* seu *singularum rerum*, et *adquisitionem vniuersalem* seu *vniuersitatis iuris*, seu *adquisitionem per vniuersitatem*, distinguitur. *Vniuersitatis iuris* autem bene distinguenda est *ab vniuersitate rerum*, seu *complexu plurium rerum singularum*. In vniuersitate iuris enim *omnia iura et obligationes comprehenduntur, quae quis habet*, in vniuersitate rerum vero omnia non continentur.

Vni-

Vniuersitas iuris etiam omnia iura et omnes obligationes ita indiuulso nexu continet, vt tam ratione dispositionis, quam ratione adquisitionis sint inseparabiles, i. e. vniuersitas iuris non recipit partialem dispositionem, neque partialem adquisitionem. Notes tamen 1) *filiumfamilias duplicem habere posse vniuersitatem iuris*, et 2) *militem partialiter de hereditate quoque disponere posse*. Ad modos adquirendi dominium *singulares*, iure nouiori pertinent, 1) *fructuum perceptio*, 2) *vsucapio*, 3) *legatum*, 4) *fideicommissum particulare*, 5) *donatio*. Iure antiquiori huc amplius referri debebat *mancipatio*, *in iure cessio*, et *sub corona emtio a*), qui modi *solennes* erant, et ad antiquitates solum pertinent. Et quum legata atque fideicommissa in Iure hereditario (§. 636.), vt et donatio iam supra (§. 250.) explicata sint, hoc loco solum *de fructuum perceptione* et *vsucapione* agendum erit.

a) Mea Diss. *de emtione sub corona*. Frf. 1793.

§. CCCXXXV.

De fructuum perceptione.

Fructus rei vel ab ipso domino percipiuntur, vel ab alio. Priori in casu *perceptione dominium fructuum non adquiritur*, sed potius *tamquam accessiones iam propter ipsam coniunctionem ad dominum fundi pertinent* (§. 331.). Posteriori vero in casu, vel possessor rem, qua vtitur, mala fide possidet, vel non. Illo in casu *possessor fructus percipiendo illorum dominium non adquirit*, sed *omnes*, tam *exstantes* seu *pendentes*, quam *perceptos*, tam *consumtos* quam *adhuc exsistentes*, immo et *percipiendos restituere debet*. Hoc autem in casu, *possessor bonae fidei* aut *qui ius vtendi fruendi fundo alieno habet b*), *per perceptionem fructuum eorum dominus fit c*), adeo *vt b. f. possessor rei singularis*

secun-

secundum nostram sententiam, ratione fructuum iam perceptorum, siue sint consumti, siue adhuc supersint, *instar domini habeatur*, et solum *fructus exstantes seu pendentes* (§. 59.) *restituere debeat. Alii d*) autem putant, bonae fidei possessorem perceptos fructus exstantes, seu qui nondum sunt consumti, restituere debere, consumtos vero non, siue locupletior exsistat nec ne, *alii e*) autem fructus naturales consumtos aut vsucaptos quidem non, bene vero industriales consumtos restituendos, *alii f*) denique, fructus consumtos catenus restituendos esse, quatenus locupletior exsistat possessor, defendunt. Quando fructus naturales percepti dici possint, supra (§. 39.) iam explicatum est, cui intuitu fructuum ciuilium addendum, quod hi, *si pro perceptione fructuum naturalium praestantur*, etiam tamquam surrogatum, *eorundem iure aestimentur:* secundum tritum illud: *surrogatum sapit naturam eius, cui surrogatur. Fructus* autem *ciuiles*, qui *pro vsu praedii vrbani praestantur, pro rata temporis praestantur.*

a) § 35. *I. de rer. diu. Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, b f fundum emerit, vel ex donatione, aliaue quailibet iusta caussa, aeque b. f. acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, eius esse pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus superuenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Et vero, qui alienum fundum sciens possederit; non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.* L. 20. §. 6 L. 25. §. 2, 8. D. *de her. petit:* I. F. Havschild Diss. *de fructibus a. m. f possessore restituendis, eorumque vsuris*, Erlang. 1764. I. G. Gmelin *fructuum perceptio modis adquirendi dominii vindicata seu potius restituta.* Tub. 1800

b) § 36. *I. eod Is, ad quem vsusfructus fundi pertinet, non aliter eorum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis, de-*

cesse-

cesserit, ad heredem eius non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur.

c) *L.* 13. *D. quib mo l. vsusfr. amiit. Iulianus ait: fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit, b. f autem possessoris mox quam a solo separati sunt. L.* 48. *D de adq rer. dom. Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia et opera eius peruenerunt, sed omnes, quia quod ad fructus adtinet loco domini pene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim vbi a solo separati sunt, b. f. emtoris fiunt. Nec interest ea res, quam b f. emi, longo tempore capi possit, nec ne, veluti si pupili sit, aut vi possessa, aut Praesidi contra legem repetundarum donata, ab eoque alienata sit b. f. emtori* — § 2. *Et ouium fetus in fructu sunt, et ideo ad b f. emtorem pertinet, etiamsi praegnates venierint* B. Fratr. Diss. *de b. f. possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum immuni*, Hal 1754.

d) Hering Diss. (§. *678. not. b.*). A. P. Frick Diss. *de iure b. f possessoris circa fructus ex re aliena perceptos*, Helmst. 1769. A. F. Trendelnburg Diss. *selecta quaedam capita doctrinae de iure possessoris circa fructuum perceptionem*, Kil. 1775. Prouocant ad *L.* 22. *C. de rei vind.* (*Certum est, m. f possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare: b f vero, exstantes; post autem l. c vniuersos,*) in qua tamen *exstantes* non fructus, qui adhuc supersunt, sed *pendentes* significant (§. 59. *not. b.*) quod ex verbis finalibus clare adparet. add. I. Bernard Diss. *ad L.* 22. *C. de rei vind.* Vltr. 1720.

e) I. N. Moeckert Diss. *de b. f. possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum immuni.* Ien. 1763.

f) I. C. Cuntzmann Diss. *de b. f. possess. fructus a tempore l. c. restituente et non restituente*, Marb 1740 H. G. Bauer Diss *consumtos, ex quibus locupletior exsistit fructus, an restituere teneatur b. f. possessor*, Lips. 1761. H. F. Schorch Pr. *de restitutione fructuum*, Erf. 1772.

§. CCCXXXVI.

De adquisitione dominii per vsucapionem et praescriptionem.

Dominium quoque adquiritur *per praescriptionem*

nem (§. 334.). Et quidem I. *per praescriptionem ordinariam*, seu *vsucapionem nouam*, quae intuitu rerum mobilium inuoluit tempus III. annorum, intuitu autem rerum immobilium, X. annorum inter praesentes, et XX. annorum inter absentes (§. 73). Ad hanc *vsucapionem nouam* requiritur 1) *possessio titulata a)*, seu vt possessor titulo ad transferendum dominium habili possessionem rei corporalis nactus fuerit (§. 75.) vnde in *Digestis* post *Tit. de vsurpat. et vsucap.* sequuntur *titt. pro emtore b)*, *pro herede vel pro possessore c)*, *pro donato*, *pro derelicto d)*, *pro legato*, *pro dote e)*, *pro suo f)*. Ex quibus manifestissime adparet, *possessionem ciuilem requiri*, neque possessorem naturalem vsucapere posse. 2) *B. f. possessio* seu *possessio* qualificata requiritur, et quidem *per totum tempus praescriptionis* (§. 75. *not. e.*). *M. f. itaque possessor per vsucapionem* seu praescriptionem ordinariam *neque adquisitiue, neque exstinctiue praescribit.*

a) §. 1. *I. de vsucap. — vt qui b. f. ab eo, qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione, aliaue quauis iusta caussa acceperit — — et ideo constitutionem promulgauimus, qua cautum est, vt res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per l. t. possessionem (i. e. inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis) vsucapiantur.*

b) *Pro emtore* non solum possidet, qui *rem verè emit*, sed et qui *rem in solutum*, (*L. 46. D. de vsurp. et vsucap.*) aut *adiudicatam*, aut *venditionis gratia aestimatam*, aut *permutatam accepit*, aut etiam *litis aestimationem praestitit. L. 1. D. pro emt. Possessor, qui litis aestimationem obtulit, pro emtore incipit possidere.*

c) i. e. aut tamquam heres ex iure ciuili, aut tamquam heres ex iure praetorio.

d) Si res a vero domino derelicta est, statim fit occupantis (§. 327.), si vero a non domino derelictam rem quis possidet, vsucapio procedit *L. 4. D. pro dereL.*

e) Si

e) Si a vero domino res in dotem datur, ius dotium statim marito, et quandoque dominium vxori adquiritur, sin a non domino, per vsucapionem vtrumque adquiritur.

f) L. 2 D *pro suo. Est species possessionis, quae vocatur pro suo. Hoc enim modo possidemus omnia, quae mari, terra, coelo capimus, aut quae alluuione fluminum nostra fiunt. Item quae ex rebus alieno nomine possessis nata possidemus — similiter fructus rei emtae, aut donatae, aut quae in hereditate inuenta est.*

§. CCCXXXVII.

Deinde etiam 3) *res vsucapi non prohibita* (§. 70.) esse debet, quales habentur *res sacrae*, et *religiosae*, *res propter dispositionem priuatam alienari prohibitae*, *res fiscales*, *res ciuitatis*, *res ecclesiarum immobiles*, *res minorum*, *res aduentitiae filiorum familias*, *res patrimoniales Principum*, et denique *res vitio reali adfectae* (§. *seq.*). *Res vitiosa* dicitur hoc loco, *res cuius possessor eam m. f. ab initio possedit.* Vitium hoc possessionis, quod vsucapionem impedit, vel ita est comparatum, vt etiam ad quemcunque possessorem sequentem, licet b. f. possideat, transeat, seu quod idem est, vsucapionem etiam sequentis rei b. f. possessoris impediat *a*), vel non, seu efficit solum, vt hic m. f. possessor illam rem non, bene autem sequens b. f. possessor, vsucapere possit. Priori in casu *vitium reale*, ipsaque res, *realiter vitiosa*, posteriori vero *vitium personale* dicitur. *Vitio reali* solum adfectae sunt res immobiles *vi possessae*, et res mobiles *furto ablatae, vsque dum in domini scientis potestatem reuersae sunt b*). *Simplex* autem *m. f. possessio* pro vitio tantum personali reputatur, vt et *vitium litigiosi c*), et si quis *rem immobilem vi compulsiua solum coactus alienauit d*). Denique et 4) *possessio*

per

per tempus lege definitum (III. X. XX. ann.) 5) *continuata* (§. 77.) requiritur.

a) §. 3. *I. de vsucap. Quod autem dictum est, furtiuarum, et vi possessarum vsucapionem per leges prohibitam esse non eo pertinet, vt ne ipse fur; quiue per vim possidet vsucapere possit (nam his alia ratione vsucapio non competit, quia scil. m. f. possident), sed ne vllus alius, quamuis ab eis b. f. emerit, vel ex alia caussa acceperit, vsucapiendi ius habeat. Vnde in rebus mobilibus non facile procedit, vt b. f. possessoribus vsucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit, vel ex alia caussa tradiderit, furtum eius committit.* §. 4. (Ex L. 3. D. eod.) *Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam, vel apud eum depositam, existimans, hereditariam esse, b. f. accipienti vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, vsucapere possit, dubium non est* — §. 7. (Ex L. 37. 38. D. eod.). *Quod autem ad eas res, quae solo continentur, expeditius ita procedit, vt si quis loci vacantis possessionem propter absentiam, aut negligentiam domini, aut quia sine successore decesserit, sine vi nanciscatur: quamuis ipse m. f. possideat, (quia intelligit se alienum fundum occupasse), tamen si alii b. f. accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res adquiri, quia neque furtiuum, neque vi possessum acceperit.* I. F. Lvdovici Diss. *de vitio reali et personali*, 1710. van der Kessel Diss. *de vsucapione partus et foetus rei furtiuae* (Oelr. *Thes. Vol.* 1. *n.* 15.).

b) §. 8. *I. eod.* (Ex L. 4 §. 6. D. eod.). *Aliquando etiam furtiua, vel vi possessa res vsucapi potest, velati si in domini potestatem reuersa fuerit, tunc enim vitio purgato, procedit eius vsucapio.* De re a debitore creditori pignoratitio ablata, vide *L.* 4. §. 21. *D. de vsurp. L.* 5. *D. pro emt. L.* 49. *D. de vsurp. L.* 6. *C. de vsucap. pro emt.*

c) *L.* 1. *C. de praescr. l. temp.*

d) *L.* 3. *C. de his, quae vi met. causs.*

§. CCCXXXVIII.

§. CCCXXXVIII.

De adquisitione dominii per praescriptionem extraordinariam.

II. *Praescriptio extraordinaria* inuoluit tempus aut *ordinario tempore breuius*, aut *longius*. Priori in casu huc pertinet praescriptio *dierum, mensium* atque *annorum*, quae pro parte adquisitiua, pro maxima autem parte exstinctiua est, de qua re iam diximus §. 161. Posteriori autem in casu dicitur *longissimi temporis praescriptio*, quae est aut praescriptio XXX. aut XL. aut L. aut C. annorum. *Praescriptio XXX. annorum* obtinet 1) *si in praescriptione cetera requisita quidem adsunt*, sed *titulus* aut *b. f. deficit* v. c. si heres rem defuncto commodatam possidet *a*). Si quis m. f. possidet, licet interueniente titulo, per hanc praescriptionem tantum actionem alterius extinguit, non autem adquisitiue praescribit *b*), adeoque contra nouum rei possessorem agere omnino potest dominus. si is ex sua persona nondum vsuceperit, quoniam antecessoris m. f. tempora non coniunguntur (§. 78.). *Possessores naturales*, qua tales, *nunquam, nec exstinctiue praescribere* possunt, bene vero, si rem alienam non amplius naturaliter, sed ciuiliter possident, attamen solo animo caussam possessionis mutare nequeunt *c*). 2) *Si res vitio reali adfecta est, a possessore b. f. intra XXX. annos adquisitiue praescribitur.* 3) *Res minorum* vt et *ciuitatis d*) *intra XXX. annos praescribuntur* (§. 74.), 4) *res aduentitiae liberorum familias*, et ad analogiam quoque 5) *res vxorum, in quibus XXX. anni solum post solutam patriam potestatem*, aut *post solutum matrimonium incipiunt* (§. *cit.*). Denique et 6) *res per dispositionem domini alienari prohibitae XXX. annis praescribuntur. Praescriptio XL. an-*

norum obtinet 1) in *rebus fiscalibus* et *patrimonialibus principis e*), modo fisco iam quaesita sint, quum nondum adquisitis intra IV. annos praescribatur (§. .). Sed hodie secundum iuris publici principia *domanialia, quoad dominium, sunt inpraescriptibilia*, alia vero iura in praediis domanialibus per XL. annos adquiri possunt, 2) *in praescriptione contra ecclesiam* et *pia instituta f*), et praeterea adhuc intra quadriennium ecclesiis restitutio *g*) in integrum competit, 3) *in actionibus quae in iudicium deductae sunt, et cognitionalia acceperunt certamina, postea autem silentio traditae sunt h*). Per *L. annorum lapsum* excluditur tantum *repetitio eius, quod ludo perditum est i*). *Centenaria* praescriptio obtinet in *rebus ecclesiae cathedralis Romanae k*).

a) *L. vlt. C. de vsuc. pro hered. Vsucapio non procedente vero titulo procedere non potest, nec prodesse neque tenenti, neque heredi eius potest; nec obtentu velut ex hereditate esse, quod alienum fuit, domini intentio vllo temporis longi spatio absumitur.*

b) *L. 8. §. 1. C. de praescr. XXX. vel XL. ann. Quod si quis eam rem desierit possidere, cuius dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione XXX. vel XL. annorum expulsus est, praedictum auxilium* (scil. rem vindicandi a possessore) *non indiscrete, sed cum moderata diuisione ei praestari censemus, vt si quidem b. f. ab initio eam rem tenuerit, simili possit vti praesidio: sin vero m. f. eam adeptus est, indignus eo videatur: ita tamen, vt nouus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi adquirat. Sin vero nullum ius in eadem re, quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum ab iniusto detentatore eam vindicare, non obstante ei, quod prior possessor, XXX. vel XL. annorum exceptione eum remouerat, nisi ipse iniustus possessor XXX. vel XL. annorum, ex eo tempore computandorum, ex*

quo

quo prior possessor, qui enicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus sit. §. 2. *Sed haec super illis detentatoribus censemus, qui sine violentia eandem rem nacti sunt* — — —

c) *L.* 1. *C. comm. de vsuc. L.* 33. §. 1. *D. de vsurp. L.* 2. *C. de praescr. XXX. ann. L.* 2. §. 1. *D. pro hered.*

d) C. H. Horn Pr. *vtrum Iustinianus ciuitatibus vel centen. vel quadrag. praescr. indulserit,* Vit. 1706. A. F. Schott Diss. *hist. iur. ciu. de praescr. aduersus ciuitates,* Lips. 1774.

e) *L. vlt. C. de fund. patrim. Iubemus omnes, qui — fundos patrimoniales vel templorum — per XL. iugiter annos — ex quocunque titulo, vel etiam sine titulo hactenus possederunt, vel postea per memoratum XL. annorum spatium possederint, nullam penitus super dominio memoratorum omnium fundorum — a publico actionem vel molestiam, aut quamlibet inquietudinem formidare — eo quod nostrae pietati placuit, in vtroque casu, id est tam saluo, quam ademto canone, possessorum nostrorum iura in eo statu, in quo per XL. annos iugiter manserunt absque vlla innouatione durare.* I. G. Baver Progr. *de praescriptione bonorum principi eiusque fisco quaesitorum,* Lips. 1757. Ei. Pr. *de praescriptione bonorum a fisco adquirendorum.* ibid. eod. A. *a* Leyser Spec. 458.

f) *Nou.* 111. *c.* 1. *Nou.* 131. *c.* 6. — *S. S. ecclesiis, et aliis vniuersis venerabilibus locis solam XL. annorum praescriptionem opponi praecipimus, hoc ipso obseruando et in exactione legatorum et hereditatum, quae ad pias caussas relicta sunt.* add. *Auth. quas actiones C. de S. S. eccles. Quas actiones — hae si loco religioso competant, XL. annis excluduntur - vsucapione triennii vel quadriennii praescriptione in suo robore durantibus, sola romana ecclesia gaudente C. annorum spatio vel priuilegio. c.* 8. *X. de praescr. c.* 2. *de praescr. in 6to.* a Leyser Spec. 459. H. F. Schorch Progr. *de praescr. rer. ecclesiastic.* Erf. 1756.

g) *Clem. vn. de restitut. in integr.* C. F. Kühne Diss. *de beneficio restit. i. integr. ecclesiae contra praescr. denegando.* Helmst. 1791.

h) *L.* 1. §. 1. *C. de ann. except.*

i) *L.* 3. *C. de aleat.*

k) *c.* 14. *c.* 17. *X. de praescr. Etsi etiam locum potuisset habere*

bere praescriptio, non credimus centenariam praescriptionem (quae sola currit aduersus Romanam ecclesiam) posse probari. Primum in rebus ecclesiasticis valebat praescriptio tricennalis *L.* 3. *C. de praescr* 30. *vel* 40. et ex parte XL. annorum *L.* 14. *C. de fund patr.* deinde centenaria. *Nou.* 111. *c.* 1. — *XL. annorum priuilegio volumus perfrui, in quibus eis C. ann. praerogatiuam constitutio nostra contulerat — deinde centenaria saltim in ecclesia orientali mutata est in XL. ann.* Praescriptio autem rerum ecclesiasticarum triennii vel quadriennii, de qua loquitur auth. cit. adsumi nequit, quia auth. cum originali *Nou.* 131. *c.* 6. non conuenit. I. A. Bach Diss. *de praescriptione C. annorum in actionibus ecclesiae romanae de iure ciuili.* Lips. 1750. I. I. Metelerkamp Diss. *de praescriptionibus quibus iure veteri et nouo gaudent ecclesiae, sec. L.* 23. *C. de S. S. eccles. et Nou.* 9. 111. *et* 131. LugdB. 1769.

b) vniuersali.

§. CCCXXXIX.

Adquisitio dominii vniuersalis est adquisitio vniuersitatis iuris, adeoque per adquisitionem vniuersalem dominia quoque omnium rerum simul adquiruntur, quae in alicuius patrimonio fuerunt, (§. 334.). Et ad hos modos adquirendi dominii vniuersales Iure Romano refertur 1) *hereditatis adquisitio,* 2) *bonorum possessio,* 3) *adquisitio per arrogationem,* 4) *addictio bonorum libertatum seruandarum caussa,* 5) *adquisitio quae fit per bonorum venditionem,* et 6) *ex Scto Claudiano.* Quum vero hereditatis adquisitio et bonorum possessio, ad Ius hereditarium, addictio autem bonorum libertatum seruandarum caussa, vt et adquisitio, quae fit per bonorum venditionem et ex Scto Claudiano, ad antiquitates solum pertineant, hoc loco solum de *adquisitione per arrogationem* paucis agendum est. Sed iure nouiori quoque Romano *per arrogationem*

non

non amplius vniuerſaliter dominium adquiritur. Nam quamuis iure antiquo omnia arrogati bona pater arrogans adquiſiuerit, id tamen poſtea a Iuſtiniano *a*) mutatum eſt, adeo vt *ſolus vſusfructus bonorum arroganti competat patri arroganti.*

a) *pr. I. de adquiſ. per arrogat. — nunc autem nos eandem adquiſitionem, quae per adrogationem fiebat, coarctanimus* (*L. vlt. C. comm. de ſucceſſ. L. 6. C. de bon. quae lib.*) *ad ſimilitudinem naturalium parentum. Nihil etenim aliud, niſi tantummodo vſusfructus, tam naturalibus patribus quam adoptiuis per filiosfamilias adquiritur in iis rebus, quae extrinſecus filiis obueniunt, dominio eis integro ſeruato.*

DISTINCT. III.
De amiſſione dominii.

§. CCCXL.

Dominium amittitur a), vel cum domini voluntate, vel abſque eius voluntate. Priori in caſu *huc pertinet alienatio* et *derelictio.* De illa iam ſupra generaliter actum eſt (§. 116.) in ſpecie tantum h. l. addendum, *quod alienationes ex capite iudicii mutandi cauſſa factae* (§. 153.), et *alienationes rerum litigioſarum inualidae ſint.* *Alienatio rei litigioſae* ſeu *litigioſi* operatur, *vt qui ſciens litigioſam rem alienat et adquirit, in poenam fiſcalem incidat b*), *et contra adquirentem exceptio litigioſi detur*, quae tamen ceſſat, ſi per alienationem conditio aduerſarii non durior fit (§. 116.), et alienatio ex neceſſitate vel ex taedio proceſſus facta eſt. Is autem, qui rem litigioſam adquirit, *non ſuo*, ſed ſui *auctoris iure* iudicatur. Poſteriori autem in caſu id fit tam modo communi *per praeſcriptionem exſtinctiuam*, quam ſpecialiter *per acceſſionem*, ſi

res

res mea propter acceſſionem ſit alterius (§. 331 *ſeq.*), et *in poenam* ſi *dominus proprio auſu rem ſuam alteri aufert* (§. 304.).

a) H Rennemann Diſſ. *de effect., dominii eiusque amittendi modis*, (Ei. *Iprd. R. G. M. II. n.* 75.). I. Ingelbrechts Diſſ. *de modis, quibus dom. amittitur*, Vltrai. 1786.

b) *L* 3. *D. de litigioſ. Rem de qua controuerſia eſt, prohibemus in ſacrum dedicare, alioquin dupli poenam patimur. Nec immerito, ne liceat eo modo duriorem aduerſarii conditionem facere — vt id velut ſolatium habeat* (aduerſarius) *pro eo, quod potentiori aduerſario traditus eſt.* add. *L.* 1. *D. L* 2. *et vlt. C. eod.* I. Thomae Diſſ. *de conceſſa litigioſi alienatione*, Ien. 1650. Eiusd. Diſſ. *de prohibita litigioſi alienatione*, ib. eod. a Leyser Spec. 518. v. Cramer Ob das *vitium litigioſi* immer würke, daß eine *alienatio* zu *caſſiren* ſey. (Ei. W. N. St. *P.* 94. *p.* 68.).

DISTINCTIO IV.

De perſecutione dominii, ſeu de actionibus ex dominio oriundis.

Tit. I.

De rei vindicatione.

§. CCCXLI.

Actiones quae ad perſequendum *a*) dominium tendunt vel ſunt ordinariae, vel extraordinariae cognitionis. Poſteriori in caſu huc pertinet, *interdictum de glande legenda*, quod datur *domino arboris, cuius fructus in vicini fundum ceciderunt aduerſus impedientem, vt glandem, legere patiatur b*). Dominus enim arboris, qui Iure Romano ex radice aeſtimatur (§. 333.) intra triduum legere, eamque ob

ob cauſſam fundum vicini ingredi poterat. *Hodie* hoc interdictum in Germania ceſſat, ſi fructus ex arbore in confinio poſita, aut ex ramis in alienum praedium propendentibus ceciderunt, bene vero adhuc locum habet, *ſi per ventum in alterius fundum deiectae ſunt.* Ad priorem autem caſum pertinet *rei vindicatio in genere* et *actio publiciana.*

a) I. SCHILTER Diſſ. *de dominii perſecutione*, Ien. 1678. (Ei *Prax. for. germ. Exc.* 16.).

b) *L. vn. D. de gland. legend. Ait Praetor, glandem quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto* §. 1. *Glandis nomine omnes fructus continentur.* I. G. HEVSER (Praeſ. I. F. HERTEL) Diſſ. *de eo, quod iuſtum eſt circa ius glandis legendae*, Ien. 1736. rec. ib. 1742.

§. CCCXLII.

Cui competit rei vindicatio, et de eius fundamento.

Rei vindicatio in genere eſt *actio* (ordinariae cognitionis) *quae competit domino ad rem ſuam ab altero repetendam a*). Ratione diuerſitatis obiecti, aut eſt *actio de tigno iuncto*, aut *actio communi diuidundo*, aut *actio finium regundorum*, aut *rei vindicatio in ſpecie talis* ſeu *innominata*. De prioribus deinde. *Rei vindicatio in ſpecie talis* 1) competit *domino*. Secundum vulgarem ſententiam directa tribuitur domino directo, vtilis autem domino vtili. Sed iſta diſtinctione ſuperſedemus. Potius rei vindicatio *ratione actoris*, ſeu cui datur, *vtilis* competit *illis, quorum pecunia res emta eſt*, quod tamen tamquam exceptio *b*) ſolum in *rebus pupillari c*), et *dotali d*) vt et *militari e*) *pecunia emtis* obtinet, ſi alia ratione pecunia his perſonis ex bonis debitoris reſtitui nequit. Illi tamen domino denegatur, qui *rem ipſam transtulit*, licet tempore alie-

alienationis dominium nondum habuit, quod demum postea consecutus est, sed potius ei obstat *exceptio rei venditae et traditae f*), quoniam quisque proprium suum factum agnoscere tenetur (§. 41.). *Fundamentum* igitur rei vindicationis est *dominium* competens, quodque adeo *probandum est.* Sed non solum *modus* atque *titulus adquisitionis* aut originariae aut deriuatiuae, sed etiam idem, ratione *auctoris* sui, ab eo probari debet *g*).

a) N. H. Gundling Diss. *de rei vindicatione ex iure Rom. et patrio,* Hal. 1726. V. Rumpf Diss. *de rei vindicatione ex iure Rom. et Hamb.* Goett. 1764.

b) *L.* 8. *C. si quis alteri vet. sibi. Qui aliena pecunia comparat, non ei, cuius nummi fuerunt, sed sibi tam actionem emti quam dominium, si ei fuerit tradita possessio, quaerit.* — *Nam in rem de rebus ab eo comparatis tibi contra eum petitio non competit.*

c) *L.* 2. *D. quand. ex fact. tut. Si tutor vel curator pecuniam eius, cuius negotia administrat mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel praedium in nomen suum emerit, vtilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutuam pecuniam exigendam.* I. P. Schmidt Diss. *de vindicatione rerum pupillarium omni casu ad quinquennium restricta,* Rost. 1741.

d) *L.* 54. *D. de iur. dot. Res quae dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. L.* 55. *D de donat. int. v. et vx.* — *Sed nihil prohibet, etiam in rem, vtilem mulieri in ipsas res accommodare.* Neque obstat *L.* 12. *C. de iur. dot. Ex pecunia dotali fundus a marito tuo comparatus, non tibi quaeritur, cum neque maritus vxori actionem emti possit acquire: at dotis tantum actio tibi competit. Vnde aditus praeses prouinciae, si non te transegisse repererit, sed ex maiore parte dotem consecutam, residuum restitui prouidebit.* I. F. Olearius Diss. *de rei vindic. non competente alteri, cuius pecunia res acquisita fuit,* Lips. 1714. H. G. Romanus Pr. *vtrum res pecunia dotali emtae fiant dotales,* Lips. 1757. P. Wasmuth Diss. *ad L.* 54. *D. de iur. dot.* Ling. 1748. Mebitt. 6. B. n. 320.

e) *L.* 8. *C. de rei vindicat.*

f) *L.*

f) L. 1. D. *de except. rei vend. et trad. Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum.* I. G. Bayer Pr. *de vindic. rei venditae et traditae*, Lipf. 1759.

g) L. 20. D. *de adqu. rer. dom.* (§. 321. *not. b.*). I. C. Schroeter Diss. *de probatione dominii*, Ien. 1705. I. H. Berger *de maturanda dominii probatione per vsucapionem*, Vit. 1709.

§. CCCXLIII.

Aduersus quem?

Competit 2) *aduersus quemcunque rei possessorem a*), quoniam actio realis est (§. 157.). Possessor hic vel vere rem vindicandam possidet, vel ex legum dispositione solum pro possessore habetur. Posteriori in casu *fictus possessor b*) audit, qualis habetur 1) *qui dolo malo desinit possidere*, 2) *qui dolo malo liti sese obtrudit*, seu qui malitiose tamquam possessor litem contestatur, peracto autem probatorio, intentionem aduersarii eo elidere vult, quod non possideat. Rei vindicatio, quae contra verum rei possessorem datur, dicitur quoque *directa*, *vtilis* autem, quatenus aduersus fictum possessorem instituitur. Fictus autem possessor tunc tenetur, *si a vero possessore antea conuento actor rem consequi non potuit*, aut *verus possessor nondum conuentus est et conueniri nequit* (§. 677.). Qui non *ciuiliter* sed *naturaliter* solum possidet, actionem declinare potest per *exceptionem nominationis* seu *laudationis auctoris c*).

a) H. Bodinus Diss. *de rei vindicatione contra possessorem b. f. non competente*, Hal. 1703. C. G. Schwarz Diss. *de obligatione possessoris b. f. ad rem domino restituendam*, Alt. 1730. I. G. Dietrichs (Praes. M. G. Wernher) Diss. I. II. III. *iustitia et aequitas canonis: vbi rem meam inuenio, ibi vindico*, Erl. 1767. M. G. Wernher Epist. (§. 225. not. c.).

b) L.

b) *L.* 25. *D. de R. V. Is qui se obtulit rei defensioni sine caussa, cum non possideret, nec dolo fecisset quo minus possideret, si actor ignoret, non est absoluendus, vt Marcellus ait. Quae sententia vera est. Sed hoc post litem contestatam: ceterum si ante iudicium acceptum, non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret. Nec videtur, se liti obtulisse, qui discessit* L. 26. *Nam, si actor scit, tunc is non ab alio, sed a se decipitur, et ideo reus absoluitur.* L. 27. *Sin autem cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, et ideo liti se obtulit, et hoc ipsum in re agenda testatione probauero, omnimodo condemnandus est.* add. *L.* 13. §. 13 14. *D. de hered. petit* (§. 677. *not. d*). ERXLEBEN Diss. (§ *cit.*). C. H. BREVNING Diss. *an vindicatio rei a ficto possessore tollat vindicationem a vero*, Lips. 1768.

c) *L.* 2. *C. vbi in rem actio. Corp. Iur. Frid Lib.* 1. *Part.* 4. *Tit.* 17. §. 29. 34. W. A LAVTERBACH Diss. *de nominatione, ad L.* 2. *C. vbi in rem act.* Tub 1653. (Ei., *Dissert. Tub. Vol III. n.* 106.). F. PHILIPPI Diss. *de auctoris nominatione*, Lips. 1683. I. P. TREIBER Diss. *de auctore, quatenus designat personam, a quo aliquid accepimus*, Erf. 1720.

§. CCCXLIV.

Ad quid? seu de obiecto rei vindicationis.

Obiectum rei vindicationis vel *principale*, vel *minus principale* est. Prioris intuitu *actor petit rem ipsam*, siue *singularem*, siue *vniuersitatem rerum*, et quidem *solum rem* petere potest, non *pretium* pro illa re acceptum, neque adeo *augmentum* seu *lucrum, quod quis ex vendita re aliena percepit*, quoniam actio realis, qua talis, solum persequitur rem ipsam, et pretium in re singulari, non sicut in vniuersitate iuris (§. 428.), in locum rei succedit *a*). Sic etiam *nummi obiectum vindicationis non sunt b*), et contra creditorem solutionem ex pecunia furtiua accipientem, non datur rei vindicatio, si cum alia pecunia commixta est, quoniam *species*

cies c) folum feu certa et vndiquaque determinata res, obiectum vindicationis effe poteft. Pofterioris autem intuitu, *obiectum minus principale* ratione *actoris* confiftit 1) in *damni reparatione*, et quidem b. f. poffeffor praeftat folum damnum culpa poft l. c. illatum *d*) damnum vero ante l. c. illatum non praeftat, quum putet, fe de re fua difponere; m. f. autem poffeffor et dolum et culpam et cafum, qui apud actorem non exftitiffet *e*), fert (§. 108. 126.); 2) in *acceffionibus*, id quod vocatur res cum omni cauffa (§. 61.); 3) in *fructibus*, quum b. f. poffeffor folum fructus pendentes, m. f. autem poffeffor omnes, etiam percipiendos reftituere debeat (§. 335.). Ratione *rei* autem *obiectum minus principale* confiftit in *impenfis in rem reftituendam factis*. Et quidem *impenfas in fructuum perceptionem factas* tam b. f. quam m. f. poffeffor repetit, fi fructus ipfi domino reftitui debent, atque adeo has impenfas vindicans refundere tenetur, ne cum damno alterius locupletior exfiftat. *Impenfae* autem *in ipfam rem factae*, fi *neceffariae* (§. 60. *not. b.*) funt, reftitui debent tam b. f. quam m. f. poffeffori, fi vero *vtiles*, b. f. poffeffor *e*) pro diuerfitate cafus, et fecundum arbitrium iudicis, partim eas tantum tollit, partim pretium earundem petit, quatenus cum lucro ex meliorationibus percepto compenfari nequeunt, modo res exftet melior; m. f. autem poffeffor impenfas vtiles folum tollere poteft, quatenus falua re tolli poffunt. Denique fi *impenfae* funt *voluptuariae*, illae tantum tam a. b. f. quam m. f. poffeffore tolli poffunt, quatenus falua re feparari poffunt, et quatenus feparata etiam vtilitatem adferunt. *Poffeffor pretium pro re vindicata datum non recipit*, nifi per illud res conferuata fit, adeoque impenfam neceffariam continet.

a) Roßmann, ob der Werth an die Stelle der Sache trete. Erlang. gel. Anz. v. J. 1749. n. 24. Buchner Diss. *de b. f. emtore singulari a restitutione lucri immuni.* Goett. 1780. Meditt. 6. B. n. 340.

b) L 78. D. de solut. Si alieni nummi, inscio vel inuito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt. Si mixti essent, ita vt discerni non possint, eius fieri, qui accepit, in libris Caii scriptum est, ita vt actio domino cum eo, qui dedisset, furti competeret. add. *L.* 17. *D. eod. L.* 19. *D. de reb. cred.*

c) L. 6. pr. D. de R. V. Si in rem aliquis agat, debet designare rem: et vtrum totam an partem, et quotam petat. Appellatio enim rei non genus sed speciem significat.

d) L. 4 §. 2. *D. fin. regund.* (§. 346. *not. b.*). Neque contrarium ex *L. 6. pr. L.* 17. §. 3. *D. de R. V.* et *L.* 2. *C. de in lit. iur.* probatur.

e) L. 33. *D. de R. V. Fructus non modo percepti, sed et qui honeste percipi potuerunt, aestimandi sunt. Et ideo si dolo aut culpa possessoris, res petita perierit, eousque fructuum rationem habendam, quousque haberetur, si non perisset, id est ad rei iudicandae tempus. — Hac ratione si nudae proprietatis dominus petierit, et inter moras vsusfructus amissus sit, ex eo tempore, quo ad proprietatem vsusfructus reuersus est, ratio fructuum habetur.* H. Hahn Diss. *de rei vindicatione et quae sic et b. f. et m. f. possessoris praestationes sunt,* Helmst. 1655. Schwarz Diss. (§. *praec. not. a*).

f) L. 38. *D. eod. In fundo alieno, quem imprudens emeras, aedificasti, aut conseruisti deinde euincitur. Bonus iudex varie ex personis, caussisque constituat. Finge et dominum eadem facturum fuisse, reddat impensam, vt fundum recipiat, vsque eo duntaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. Finge pauperem, qui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris auitis carendum habeat, sufficit tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis: dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. Constituimus vero, vt si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas. Neque malitiis indulgendum est, si tectorium, (puta) quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi vt officias. Finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit, nisi reddit, quantum*

prima

prima parte reddi oportere diximus: eo deducto condemnandus es. L. 48. D. *eod.* H. BERGER Diss. *de contrauindicatione*, Vit. 1708. I. WVNDERLICH Diss *de remediis quae pro seruandis recuperandisue impensis a. b. f. possessore in rem alienam factis competunt*, Ien. 1758.

g) L. 23. C. *de R. V.* L. 2. C. *de furt.* F. M. ZOEPFEL Diss. *de rei vindicatione non elidenda per exceptionem pretii per vindicantem non oblati a possessore oppositam*, Arg. 1742.

§. CCCXLV.

De actione de tigno iuncto.

Rei vindicatio ratione tigni nostri, quod aedificio alieno adiunctum est, dicitur *actio de tigno iuncto*, quae si instituebatur aduersus b. f. possessorem *ad solam aestimationem*, sin contra m. f. possessorem mouebatur, *non solum rei persecutoria, sed etiam poenalis erat* (§. 332. *not. e.*) et *diruto postea aedificio insuper tignum ipsum vindicari poterat a*). Sed *hodie sola aestimatio* peti potest.

a) L. 1. D. *de tign. iunct. Lex XII. tabb. neque soluere permittit tignum furtiuum aedibus, vel vineis iunctum, neque vindicare, quod prouidenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu deruantur, vel vinearum cultura turbetur; sed in eum, qui conuictus est, iunxisse, in duplum dat actionem.* §. 1. *Tigni autem appellatione continetur omnis materia, ex qua aedificium constet, vineaeque necessaria — tigna enim a tegendo dicta sunt.* I. M. KLIPSCH Diss. *de iure tigni in concursu creditorum*, Erf. 1717. *van* HARSKAMP Diss. *de tigno iuncto*, Vltrai. 1730. (in OELR. *Thes. nou. Vol II. T. I. p.* 427.). H. BROCKES Diss. *de b. f. possessore circa actionem de tigno iuncto ad duplum non obligato*, Vit. 1735.

§. CCCXLVI.

De vindicatione rei communis. De actione finium regundorum.

Ex *condominio* rei communis (§. 322.) tam oritur *actio finium regundorum a*), quam *actio communi*

muni diuidundo. Prior restricta est *ad fines communes confusos*, et *fructus ex iisdem perceptos, pro parte restituendos.* Fines enim inter fundos priuatos, *communes*, adeoque et fructus inter dominos *diuidendi* erant: sed in his fructibus illud singulare obtinet, quod b. f. possessor fructus perceptos tunc demum lucretur, *si eos consumsit b*), quoniam secundum rei naturam, fructus ex finibus communibus percepti, etiam communes esse debeant, et solum b. f. possessorem consumtio liberare potest. Quod autem ad *restitutionem finium*, qui inpraescriptibiles erant, adtinet, vel fines inter plures agros *priuati*, vel *publici* erant. Priori in casu *quinque pedum spatium inter vtrumque praedium fines priuatos efficiebat c*), et si hoc spatium diminutum esset, *lis finalis*, si vero extensum, *lis proprietatis* dicebatur. Ad hos confines ab initio *constituendos*, *agrimensor sumtibus communibus d*) *adhibebatur*, si vero *constituti* fines confusi erant, *praetor* seu *iudex adeundus erat*, qui ante omnia in veteres fines, ex arboribus, lapidibus, aut aliis signis cognoscendos, inquirere debebat, et si inquiri non poterant, noui constituendi erant, in quo casu, si lis aliter commode finiri non poterat, alii ex alterutrius praedio aliquid adiudicare *e*), alterumque ad aestimationem condemnare licebat. Haec finium regundorum actio *ad aedificia directe* non *f*) competebat, bene vero *vtiliter*. In *lite proprietatis* non de finibus regundis et restituendis, sed *de restituenda re aliena sermo est*, et in hac vtique praescriptio locum habet *g*). Posteriori in casu, si inter duo praedia rustica via publica intercedit, et alter illam arando, fodiendo, in agrum meum reiicit, non actio finium regnndorum, sed *actio viae receptae*, quae etiam *reiectae* dicitur mihi datur *h*). Ceterum actio finium regundorum in genere est

actio

actio mixta (§. 157.), et ratione finium communium confuſorum, ſimul *actio duplex* (§. *cit.*). *Iure Brandenburgico* in cauſſis finalibus ſpecialis modus procedendi praeſcriptus eſt *i*).

a) *L.* 1. *D fin. reg. Finium regundorum actio in perſonam eſt, licet pro vindicatione rei eſt.* H. P. ZIEGLER Diſſ. *de finium regundorum iudicio*, Erf. 1771.

b) *L.* 4. §. 2. *D. eod. Poſt litem autem conteſtatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praeſtantur. Sed ante iudicium percepti non omnimodo hoc in iudicium venient. Aut enim b f. percepit, et lucrari eum oportet, ſi eos conſumſit, aut m. f. et condici oportet.*

c) Lege XII. Tabb. cautum erat: *inter confines agros ſpatium quinque pedum relinquitor vacuum, quo ire, ſuaque viſitare, vel ducere, et circumagere aratra vterque dominus poſſit. Et hoc ſpatium nemini vnquam vſucapere liceat.* AYRER *ſ de* RAMDOHR Diſſ. *de limitum praeſcriptione*, Goett. 1746.

d) *L.* 4. §. 1. *eod Sed et ſi menſor ab altero ſolo conductus ſit, condemnatio eſt facienda eius, qui non conduxit in partem mercedis.*

e) *L.* 2. §. 1 *eod. Iudici finium regundorum permittitur, vt vbi non poſſit dirimere fines, adiudicatione controuerſiam dirimat, et ſi forte amouendae veteris obſcuritatis gratia, per aliam regionem fines dirigere iudex velit, poteſt hos facere per iudicationem et condemnationem.* add. *L.* 3. *eod.*

f) *L.* 4. §. 10 *eod. Hoc iudicium locum habet in confinio praediorum ruſticorum, vrbanorum diſplicuit. Neque enim confines hi, ſed magis vicini dicuntur, et ea communibus parietibus plerumque diſterminantur — et in vrbe hortorum latitudo contingere poteſt, vt etiam finium regundorum agi poſſit.*

g) *L. fin. C. fin. regund.*

h) *L. f. D. de via publ. et itin.*

i) *Corp. Iur. Frid. Lib.* 1, *P.* 2. *Tit.* 18.

§. CCCXLVII.

§. CCCXLVII.

De actione communi diuidundo.

Actio communi diuidundo oritur ex communione rei singularis et tendit *ad rem communem diuidendam a*). Quotiescunque igitur quis ad rem communem diuidendam et communionem dissoluendam agitur, actio communi diuidundo dicitur, et in hoc ab actione pro socio differt (§. 215.). *Directe* tantum *condominis*, *vtiliter* autem *illis* etiam competit, *qui commune ius pignoris*, *vsusfructus* aut *aliud ius reale*, non vero illis, qui ius personale tantum, *commune habent b*), nihilque interest, vtrum socii sint in possessione, nec ne, et vtrum communio rerum ex contractu, an quasi ex contractu aut alio ex negotio orta sit. Non solum autem *diuisio rei communis obiectum est huius actionis*, sed etiam, vt *possessor* et *administrator rationes de administratione facta*, *reddat*, atque *damna praestet*, vnde haec quoque *mixta* (§. 157.) et *duplex* est. Locum habet in omnibus communionibus, et si quoque res sua natura in partes diuidi nequit, tamen *ad diuidendum pretium* inde redactum aut redigendum recte agitur, modo communio indissolubilis non sit *c*), praecipue ex iuris germanici principiis.

a) *L.* 1. *D. comm. diuid. Communi diuidundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales inuicem praestationes pertinet, quam ad communium rerum diuisionem.* — *L.* 11. *eod. In summa admonendi sumus, quod si post interitum rei communis is, cui aliquid ex communione praestari oportet, eo nomine agere velit, communi diuidundo iudicium vtile datur: veluti si actor impensas aliquas in rem communem fecit.* — — a LEYSER Spec. 118. et 119.

b) *L.* 4. *L.* 7. *D. eod.*

c) *L.* 19. §. 1. *D eod. De vestibulo communi binarum aedium arbiter communi diuidundo, inuito vtrolibet, dari non debet, quia qui de vestibulo liceri cogitur, necesse habet, interdum* to-

totarum aedium pretium facere si alias aditum non habet. E. Tenzel Progr. *de communione perpetua,* Erf. 1723. C. L. Crell Diss. *de communione necessaria et indissolubili ad L. 19. §. 1. D. comm. diuid.* Vit. 1751.

Tit. II.
De actione publiciana.

§. CCCXLVIII.

Quum ad probationem dominii non solum pertineat, vt aliquis iustum titulum atque modum suae adquisitionis, sed etiam adquisitionis auctoris (§. 342.) probet, indeque probatio dominii in plerisque casibus admodum difficilis sit, Praetor *Publicius* introduxit *actionem a*), *qua is, qui in conditione vsucapiendi est, rem repetit ab eo, qui infirmiori iure possidet.* *Fundamentum* igitur huius actionis *ratione actoris* est *conditio vsucapiendi b*), adeoque et b. f. et iustus titulus *b*) adquisitionis actoris requiritur, non autem b. f. et iustus titulus adquisitionis auctoris necessarius est. M. f. superueniens nec Iure can. hanc actionem impedit, quum in hac non de adquisito dominio, sed solum de iure fortiori, in relatione ad infirmiori iure possidentem, sermo sit *c*). *In rebus vsucapi prohibitis nulla quoque locum habet actio publiciana d*). Heredibus autem ex persona defuncti eadem, modo defuncto res tradita fuerit, competit *e*), sed inde dici nequit, *rei non possessae* actionem publicianam dari *f*), quoniam actor qua heres ex persona solum defuncti aestimatur. In *rebus incorporalibus* quoque seu in *iuribus* constitutis *g*) locum habet haec actio, adeo vt actor dominium iusque constituentis probare non teneatur, et in hoc casu *vtilis* dici poterit,

quae etiam in *iuribus bannariis* applicari potest. Quod *probationem* huius fundamenti adtinet, *titulus* quidem *probari debet*, sed *b. f.* et *res non vitiosa praesumitur.*

a) *L. 1. D. de act. Publ. Ait Praetor: si quis id quod traditur ex iusta caussa non a domino, et nondum vsucaptum petet, iudicium dabo. Merito Praetor ait: nondum vsucaptum. Nam si vsucaptum est, habet ciuilem actionem, nec desiderat honorariam. § 2. Sed ius traditionis dumtaxat, et vsucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium nancisceretur; vt puta legatum, L. 2. eod. Vel mortis caussa donationes factae. Nam amissa possessione competit Publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.* — Reinold Diss. *de edicto publiciano*, Frf. 1715. (Ei. *opusc. p.* 358.). S. H Mvsaevs Diss. *de act. Publ. orig. fundam. nat. et requis. in genere*, Kil. 1707.

b) *L. 7. §. 16. D. eod. Vt igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, vt et b. f. quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita. Ceterum ante traditionem, quamuis b. f. quis emtor sit, experiri Publiciana non poterit.* — §. 17. — *Quia vsucapere non poteret.* Imp. Iustinianus §. 3. *I. de act.* vsucapionem fictam huius actionis fundamentum ponit, verbis: *plerumque Praetor permittit in rem agere, vt vel actor dicat, se quasi vsucepisse, quod non vsuceperit* — § 4. — *inuenta est a Praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se vsucepisse, quam vsu non cepit, et ita vindicat suam esse.* Fictum hoc dominium quoque defendit. G F. Kravse Diss. *de indole actionis publicianae*, Vit. 1749. dominium praesumtum autem, I. P. Heisler Diss. *de rei numquam possessae per actionem Publicianam vindicatione*, Hal. 1751. Sed vtrumque legibus Pandectarum non conuenit.

c) B. Reinold Exerc. *de secutae m. f. aduersus Publicianam exceptione, qua contenditur, ea exceptione hunc, qui publicianam mouet, non repelli.* (Ei. *opusc. p.* 671.).

d) *L 9. §. 5. eod. Haec actio in his, quae vsucapi non possunt, puta furtiuis — locum non habet.* add. *L. 12. §. 4. eod.* Neque obstat, quod Paullus *L. 12. §. 2.* dicat: *in ve-*

cti-

ctigalibus et in aliis praediis, quae vſucapi non poſſunt, publiciana competit, ſi forte b. f. mihi tradita ſunt.

e) *L.* 7. §. 9. *eod. Haec actio et heredi et in honorariis ſucceſſionibus competit. L.* 12. §. 1. *eod. Is cui ex Trebelliano hereditas reſtituta eſt, etiamſi non fuerit nactus poſſeſſionem, vti poteſt Publiciana.* I. B. WERNHER Progr *an titulus pro herede, nullo titulo defuncti ſuffultus ad vſucapionem et actionem Publicianam ſufficiat,* Vit. 1704. HEISLER Diſſ. (*not. b*).

f) Prout putat HEISLER *cit. Diſſ.*

g) *L.* 11. *D. eod. Si ego emi, et mea voluntate alii res ſit tradita, Imp. Seuerus reſcripſit, publicianam illi dandam.* §. 1. *Si de vſufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque ſeruitutibus vrbanorum praediorum per traditionem conſtitutis, vel per patientiam: forte ſi per domum quis ſuam paſſus eſt aquae ductum transduci: item ruſticorum praediorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam conſtat.*

§. CCCXLIX.

Aduerſus quem et ad quid?

Fundamentum ratione *rei* in eo conſiſtit, *vt contra infirmiori iure poſſidentem ſolum detur.* Infirmiori autem iure poſſidet, *qui in conditione vſucapiendi non eſt,* adeoque qui aut rem vſucapi prohibitam, aut rem vſucabilem quidem, ſed absque iuſto titulo et absque b. f. poſſidet. Ad prius momentum non ſolum pertinet, ſi quis rem actori furto ablatam, (*praec.*) licet b. f. emerit, poſſidet, ſed etiam ſi quis ab eo emit, qui ſcienter rem alienam transfert (§. 337. *not. a.*), vsque dum probet, actorem quoque in eadem cauſſa eſſe. Infirmiori autem iure non poſſidet, qui aeque b. f. et iuſto titulo rem adquiſiuit *a*), multo minus contra ipſum dominum competit haec actio, niſi ipſe rem tradiderit *b*) (§. 342.). *Fines* huius actionis *iidem ſunt ac in rei vindicatione c*), adeo vt etiam *rei*

vindicatio praetoria dicatur, atque commode cum ipsa rei vindicatione non solum cumulari possit, sed et plerumque soleat *d*), id quod verba indicare solent: da ich nun diese Sache iure dominii vel quasi besessen. —

a) *L.* 9. §. 4. *D. de Publ. in rem act. Si duobus quis separatim vendiderit, b. f. ementibus, videamus, quis magis Publiciana vti possit, vtrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Iulianus — scripsit, vt si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est, quod si a diuersis non dominis, melior caussa sit possidentis, quam petentis: quae sententia vera est. L. fin. eod. Publiciana actio non ideo comparata est, vt domino auferatur — sed vt is, qui b. f. emit possessionemque eius ex ea caussa nactus est, potius rem habeat.*

b) *L.* 4. §. 32. *D. de dol. mal. exc. L.* 28. *D. de noxal. act. L.* 18. §. 15. *D de damn. inf.* H. F. Schorch Diss. *de actione publiciana aduersus ipsum dominum competente*, Erf. 769.

c) *L.* 7. §. 8. *D. de Publ. in rem act. In publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in vindicatione diximus. L.* 11. §. 3. — *competit mihi in partu* — §. 6. — *aedibus emtis, si fuerint dirutae, ea, quae aedificio accesserunt huiusmodi actione petenda.* §. 7. — *si ipse fundus Publiciana peti non potest, non hoc* (quod per alluuionem fundo accessit) *petetur. Si autem potest, et ad partem quae per alluuionem accessit.*

Membrum II.

De iure seruitutum.

Distinctio I.

De seruitutibus in genere.

§. CCCL.

Licet *ius seruitutis in genere a*), non sit nisi ius in re aliena reale, quod ius dotium, ius pignoris et

et ius emphyteuticarium non eſt, adeoque tamquam negatiue definiendum dicta iura praeponere videatur, tamen prius de iure ſeruituris agendum erit, propterea, quod ius dorium ſaltem et emphyteuticarium theoriam de vſufructu praeponant. Generalis Romanorum definitio de iure ſeruitutis eſt, *quod ſit ius in re aliena, vi cuius dominus in ſua re aliquid pati ſeu non facere b) tenetur*, ſiue quod idem eſt, *vi cuius dominus eas diſpotiones propter ius alteri reale competens omittere tenetur, quae alias virtute dominii ſuſcipere poſſet* (§. 321.). Vnde 1) *nulla ſeruitus iure Romano in faciendo conſiſtere poterat*, quum facere ſit perſonarum, pati autem et non facere praediorum, 2) *res propria nemini ſeruire poteſt*, adeoque *ſeruitus in re propria nulla eſt c*), 3) *ſeruitus contra ordinariam qualitatem* ſeu *contra naturam* praediorum tendit, indeque non praeſumenda ſed probanda eſt, proprereaque 4) *intra modum determinatum ſolum exercenda d*) et *ſtricte interpretanda eſt*, vnde et 5) *ſi aeque commode in certa parte exerceri poteſt, ſeruienti licet, dominanti certam praedii partem e) adſignare*, alias autem 6) *ſeruiens in praeiudicium ſeruitutis conſtitutae nihil ſuſcipere f*), ſed omnia concedere debet, ſine quibus ſeruitus exerceri nequit, quae *adminiculam ſeruitutu g*) vocantur.

a) I. I. SCHIERSCHMIDT Comm. *de ſeruit. eiusque ſpecieb.* Lipſ. 1731. I. F. WAHL Diſſ. *melet. de ſeruitt.* Goett. 1748. C. G. STRECKER Pr. *de ſeruitt.* Erf. 1761.

b) *L.* 15. § 1. *D. de ſeruit. Seruitutum non ea natura eſt, vt aliquid faciat quis (veluti viridaria tollat, aut amoeniorem proſpectum praeſtet, aut in hoc vt in ſuo pingat); ſed vt aliquid patiatur, aut non faciat.* E. GERHARD Diſſ. *de ſeruitutibus in faciendo conſiſtentibus*, Ien. 1710. I. G. SVMMERMANN Comm. *de natura ſeruitutum, ad L.* 15. §. 1. *D. de ſeruit.* Duisb. 1736. C. H. BREVNING Diſſ. *de ſer-*

seruitute in faciendo, ad philosophiam in L. 15. *D. de seruit.* Lips. 1768.

c) *L.* 5. *L.* 63 *D. de vsufr. L.* 26. *D. de S. P. V.* C. L. CRELL Diss. *de seruitt. ad cert. mod. restrictis.* Vit. 1751.

d) *L.* 9. *D. de seruit. L.* 21. *L.* 22. *D. de S. P. R. L.* 14. *D. commun praed. Iter nihil prohibet sic constitui, vt quis inter diu duntaxat eat. Quod fere circa praedia vrbana etiam necessarium est.* v. **Cramer**: ob das R. einer Dienstbarkeit sich so weit erstrecke, daß durch derselben Ausübung dem *domino fundi seruientis* alle Nutzbarkeit genommen werden können (Ei. W. N. St. *P.* 101. *p* 91.). I. F. MOEGLING Diss. *de iure et modo vtendi seruitutibus rusticis*, Tub. 1736. C. L. CRELL Diss *de vsu nocturno seruitutum in praediis vrb. ad L.* 14. *D comm. praed.* Vit. 1756.

e) *L.* 26. *D. de S. P. R Si via, iter, actus, aquaeductus legetur simpliciter per fundum, facultas est heredi, per quam partem fundi velit constituere seruitutem, si modo nulla captio legatario in fundo sit.*

f) *L.* 14. *D. eod. Per quem locum viam alii cessero, per eundem alii aquaeductum cedere non potero. Sed et si aquaeductum alii concessero, alii iter per eundem locum vendere vel alias cedere non potero.* I. G. TOEPFER Diss. *de seruitute rustica agrorum incultorum culturam prohibente*, Lips. 1742.

g) *L.* 20. §. 1. *D. de S. P. V.* C. A. BRAVN Diss. *de adminiculis seruitutum*, Erlang. 1750.

§. CCCLI.

De diuisionibus seruitutum.

Seruitus 1) vel est *realis* vel *personalis a*), prout vel alicui ea competit tamquam possessori praedii cuiusdam, vel tantum pro sua persona. *Obiectiue* quidem semper seruitus ius reale est, sed *subiectiue* aut realis aut personalis esse potest. Seruitutes reales igitur *possessori qua tali* competunt, adeoque *in omnes possessores transeunt*, indeque quum duo praedia ad easdem requirantur, *seruitutes*

tes speciali sensu *praediorum* appellantur, in quibus vnum praedium *dominans*, alterum vero *seruiens* dicitur. Seruitutes autem personales *ad personam ipsius subiecti restrictae sunt*, neque adeo ad heredes transeunt. 2) Seruitutes vel sunt *adfirmatiuae* vel *negatiuae*. In prioribus *ad continuum exercitium seruitutis opus est facto dominantis commissiuo*, adeo vt in seruitute adfirmatiua ad singulum exercitium requiratur factum commissiuum dominantis, vnde et seruitus *ratione exercitii continua* dicitur v. c. seruitus actus, itineris, viae, aquae haustus, vsusfructus etc. In posterioribus vero aut *plane nullum factum commissiuum ad exercitium exigitur*, aut *factum commissiuum ad primum quidem exercitium*, *non vero in singulo exercitio necessarium est* v. c. seruitus ne luminibus, ne prospectui officiatur, seruitus tigni, stillicidii, fluminis immittendi, aquaeductus, altius tollendi etc. 3) Porro seruitutes vel sunt *ratione temporis continuae*, vel *discontinuae*, prout vel alternis temporibus v. c. alternis annis, alternis mensibus, vel indeterminato et quocunque tempore exerceri possunt. Denique 4) vel sunt *seruitutes qualificatae* vel *non qualificatae*, prout vel singulare opus manu factum requiritur, antequam seruitus exerceri possit, vel non.

a) L. 1. D. *de seruit. Seruitutes aut personarum sunt, vt vsusfructus, aut rerum, vt seruitutes rusticorum praediorum et vt bonorum.* l. 12. *comm. praed. Cum fundus fundo seruit, vendito quoque fundo seruitutes sequuntur Aedificia quoque fundis, et fundi aedificiis eadem conditione seruiunt.*

DISTINCT.

DISTINCT. II.
De seruitutibus praediorum.

Tit. I.
De seruitutum praediorum natura generatim, earum constitutione atque adquisitione.

§. CCCLII.
De diuisione seruitutum in vrbanas et rusticas.

Seruitus realis seu praediorum *a*) praeponit duo praedia, alterum seruiens, alterum dominans (§. *praec.*), cum cuius possessione ius seruitutis actiuum coniunctum est (§. *praec.*). Sed hae, quae sequuntur seruitutes reales, non necessario et semper reales sunt, potius *solum in dubio reales habentur*, et per expressam conuentionem ad personam eius, cui competunt, restringi possunt. Secundum diuersitatem praediorum vel vrbanorum vel rusticorum praediorum dicuntur. Priores sunt, quae per aedificium *b*), posteriores vero, quae per fundum exercentur. Iure anteriori id inter vtrasque intercedebat discriminis, vt rusticae seruitutes instar rerum mancipi vsucapi possent, quod autem secus erat in seruitutibus vrbanis, quae differentia vero hodie cessat, adeoque distinctio mere theoretica *c*) est.

a) C. I. RVISSINGK Diss. *de seruitutibus realibus seu praedialibus*, Harderou. 1721. H. F. DANDINVS Lib. *de seruitutibus praediorum interpretationes per epistolas ad loca quaedam L. VII. et VIII Pand. illustranda pertinentes*, Veron. 1741. C. HANACCIVS Diss. *thes. ad praediorum seruitutes pertinentes*, Vit. 1749. E. C. WESTPHAL *Interprett. I. C. de libertate et seruitutibus praediorum*, Lips. 1773.

b) §.

b) §. 1. I. de seruit. *Praediorum vrbanorum seruitutes sunt, quae aedificiis inhaerent, ideo vrbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia vrbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. Item vrbanorum praediorum seruitutes sunt, vt vicinus onera vicini sustineat, vt in pariete eius liceat vicino tignum immittere,* — add. L. 198. 221. D. de V. S. N. PRAGEMANN Diss. *de genuina notione seruitutum praediorum vrbanorum*, Ien. 1717. I. C. KOCH Progr. *de praedio vrbano et rustico*, Ien. 1757. rec. Giess. 1774.

c) I. S. BECKENSTEIN Diss. *de inutilitate distinctionis inter seruitutes vrbanas et rusticas*, Regiom. 1725.

§. CCCLIII.

a) *de constitutione seruitutum realium.*

Constitui a) potest seruitus realis I. *per voluntatem ipsius domini praedii seruientis*, et quidem tam per dispositionem inter viuos, quam per dispositionem mortis caussa (§. 626.). In posteriori casu statim *absque omni traditione seruitus plene constituta est, et tamquam ius reale competit* (§. 114.). Priori vero in casu seruitus *constituitur conuentione*, et quidem aut contractu nominato innominatoue, pacto legitimo donationis, aut pacto adiecto seu reseruatione *b*). In hac constitutione, quasi traditio seruitutum ad ius reale adquirendum, necessaria est, adeoque et exercitium seruitutis a parte adquirentis, et patientia a parte tradentis requiritur (§. 64. n. 5.). Et quidem ad *hanc traditionem incorporalem in seruitutibus qualificatis adfirmatiuis*, requiritur 1) *exstructa qualitas singularis praedii seruientis ad exercitium seruitutis necessaria*, 2) *primum dominantis factum commissiuum*, 3) *patientia seruientis plenaria*; in *seruitutibus* vero *qualificatis negatiuis* requiritur tam *singularis qualitas praedii seruientis*, quam *patientia*

ser-

seruientis, qua exstructionem huius qualitatis non impediuit. Traditio autem incorporalis *in seruitutibus non qualificatis* et quidem *adfirmatiuis* statim contingit, *ac dominus sciente et patiente seruiente primum simul exercitium seruitutis suscepit*, in *negatiuis* autem, *simulac seruiens promisit, se iuri concesso nihil contrarii suscepturum esse, nihilque contrarium suscipit.*

a) I. N. Hertius Diss. *de seruitute facto constituta*, Giess. 1699. (Ei. *Comm. et opusc. Tom. III. Disp.* 8.). A. Kohl Exerc. *de concessione facta per verba iuris, quatenus importet seruitutem.* (Ei. *Collect. Exercitt. n.* 8.) Ei. Exerc. *de concessione per verba factum denotantia, quando personalem duntaxat obligationem, non seruitutem importet.* (ib. n. 9.).

b) § 5. *I. de seruit. praed. Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas* — I. I. Schierschmid Diss. *de seruitute rerum temporaria locatione conductione constituta*, Ien. 1738.

c) *L. vlt. D. de seruit. Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur, cauendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure vti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto, vsum eius iuris pro traditione possessionis accipiendam esse. Ideoque et interdicta possessoria constituta sunt.* add. *L.* 11. §. 1. *D. de Publ. in rem. act.*

§. CCCLIV.

Seruitus realis II. constituitur *absque voluntate domini* praedii seruientis *per ipsam immediatam legis dispositionem*, et in hoc casu seruitus *legalis* seu *necessaria* et *naturalis* dici solet, quae praediis inferioribus inhaeret, qua aquam pluuiam ex superioribus agris recipere debent *a*): III. *per sententiam iudicis*, si quis nempe praedio suo vti non posset, nisi seruitus alteri, pro iusto tamen pretio im-

imponatur *b*), quo in casu *seruitus iudicialis*, et quandoque etiam *necessaria* audit; IV. *per praescriptionem.* Ius seruitutum per vsucapionem, ad dominii adquisitionem adstrictam (§. 70.), adquiri non poterat, successu tamen temporis ex interpretationibus Prudentum vsucapio quoque ad seruitutes adplicabatur, quo tamen iterum Lex Scribonia sustulit *c*). Praescriptio autem longi temporis a Praetore etiam ad adquisitionem seruitutum extensa est, adeo vt ea nunc adquiratur, *si quis per longum tempus d*) *non vi e*), *non precario*, *non clam*, publice, nempe ita, vt dominus saltem hos actus scire potuerit, siue fuerit praesens siue absens, *seruitutem exercuerit per X. annos inter praesentes et XX. annos inter absentes.* Quid igitur in praescriptione adquisitiua seruitutum adfirmatiuarum et negatiuarum requiratur, iam per se patet (§. *praec.*). B. f. autem necessariam non esse omnes fere docent, quod tamen dubio non caret, quoniam in praescriptione ordinaria seu longi temporis nouiori (§. 73.) semper b. f. requiritur (§. 75.).

a) *L* 1. *§. 2. D. de aq. et aq. pluu. Neratius scribit: opus, quod quis fecit, vt aquam excluderet, quae exundante palude in agrum eius refluere solet, si ea palus aqua pluuia ampliatur, eaque aqua repulsa eo opere agris vicini noceat, aquae pluuiae actione cogetur tollere.* H. Cocceii Diss. *de seruitt. naturalib.* Heid. 1676. (F.i. *Exercitt. Vol.* I. *n.* 6.). I. L. Henkel Diss. *de seruitute legali eiusque variis in iure effectib.* Kil. 1725.

b) *L.* 44. *§. vlt. de legat.* 1. *Si duos fundos habens testator, alterius mihi vsumfructum, alterum Titio leget, aditum mihi legatarius non debebit, sed heres cogitur redimere aditum et praestare. L.* 12. *pr. D. de religios. Si quis sepulchrum habeat, et a vicino ire prohibeatur, Imp. Antoninus cum Patre rescripsit, iter ad sepulchrum peti precario et concedi solere, vt quoties non debetur impetretur ab eo, qui fundum adiunctum habeat. Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi*

dat

dat facultatem, etiam actionem ciuilem induxit, sed extra ordinem interpelletur. Praeses enim compellere debet, iusto pretio iter ei praestari, ita tamen, vt iudex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum. C. L. Crell Diss *de seruit. necessaria compendii caussa vicini praedio imponenda,* Vit. 1751.

c) *L.* 4. §. 29. *D. de vsurp. et vsucap. Libertatem seruitutum vsucapi posse verius est, quia eam vsucapionem sustulit Lex Scribonia, quae seruitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata seruitute.* I. Raevardus Lib. Sing. *ad Legem Scriboniam,* Antw. 1561. Ien. 1568. (in Conradi *libell.* §. 65. *not. a*). I. W. Textor Diss. *ad L. Scrib.* Heidelb. 1680. (Ei. *Coll. Dispp. Vol.* 1. *n.* 35.). E. Otto Diss. *de vsuc. seruitt. ad L.* 4. §. 29. *D. de vsurp.* (Ei. *Diss. n.* 8.).

d) *L.* 10. *D. si seru. vind. Si quis diuturno vsu et longa quasi possessione, ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse, docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed vtilem habet actionem, vt ostendat, per annos forte tot vsum se, non vi, non clam, non precario, possedisse.* H. F. Schorch Pr. *de praescr. seruitt.* Erf. 1748. I. Neller Diss. *de praescr. seruitutum praedialium,* Aug. Treu 1751. I. B. A. Loehlein Progr. *communem opinionem de ordinaria praescriptione seruitutum sine titulo currente, legibus et rationi repugnare,* Herbip. 1753.

e) *L.* 73. §. 2. *D. de R. I. Vi factum id videtur esse, qua de re quis cum prohibetur, fecit. Clam, quod quisque, cum controuersiam haberet, habiturumue se putaret, fecit. L.* 6. *D. de adqu. vel am. poss. Clam possidere eum dicimus, qui furtiue ingressus est possessionem ignorante eo, quem sibi controuersiam facturum suspicabatur, et ne faceret timebat.*

§. CCCLV.

Quis eam constituere et adquirere potest?

Seruitutem realem *constituere* potest tam *dominus*, quam *etiam is, qui ius vtendi fruendi fundo in perpetuum habet,* sed tam in hoc fructuario perpetuo, quam in domino temporario principium valer:

let: *reſoluto iure dantis, reſoluitur ius accipientis a*). Speciale quid eſt, quod Iure Romano *dominus ne quidem conſentiente vſufructuario fundo fructuario ſeruitutem imponere poſſit b*), de cuius applicatione et hodierno vſu immerito ambigitur. Si plures ſunt condomini omnes in conſtitutionem ſeruitutis conſentire debent, alias ſeruitus ab vno conſtituta non valet, quia ſeruitus diuiſionem non recipit, licet aduerſus ſocium conſtituentem ad intereſſe agi poſſit. *Adquirere c*) ſeruitutem realem nemo poteſt, niſi *dominus*, et *qui ius vtendi fruendi reale perpetuum habet*, non vero ſeruitus vſufructuario aut conductori conſtituta, pro ſubiectiue reali haberi aliter poteſt, quam ſi is hanc ſeruitutem domino et cuicunque poſſeſſori adquiſiuerit, idque poſterius hodie ſtatui poteſt, quoniam in Germania tertio etiam adquirere quis poteſt, ſi adquirens huic tertio actionem ſuam cedere poteſt (§. 85.).

a) L. 11. §. 1. D. *quemadm. ſeruit. Heres, cum legatus eſſet fundus ſub conditione, impoſuit ei ſeruitutes: extinguentur, ſi legati conditio exiſtat. Videamus, an adquiſitae legatarium ſequantur, et magis dicendum, vt ſequantur.*

b) L. 15. §. 7. D. *de vſufr. Sed nec ſeruitutem imponere poteſt proprietarius nec amittere ſeruitutem. Adquirere plane ſeruitutem eum poſſe, etiam inuito fructuario, Iulianus ſcripſit. Quibus conſequenter, fructuarius quidem adquirere fundo ſeruitutem non poteſt, retinere autem poteſt, et ſi forte fuerint, non vtente fructuario, amiſſae, hoc quoque nomine tenebitur. Proprietatis dominus ne quidem conſentiente fructuario ſeruitutem imponere poteſt.* L. 6. *eod. Niſi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti ſi talem ſeruitutem vicino conceſſerit, ius ſibi non eſſe, altius tollere.* L. 17. D. *eod. Locum autem religioſum facere poteſt, conſentiente vſufructuario: et hoc verum eſt fauore religionis. Baſil.* L. XVI. *Tit.* 1. *c.* 15. *Neque proprietatis dominus ſeruitutem remittere, neque imponere conſentiente etiam vſufructuario poteſt;* c. 16. *niſi quae fructuario non officiat veluti ne ſibi altius tollere liceat. Adquirit autem ſeruitutum etiam inuito fructuario.* Vario hac

de

de re sentiunt et LL. explicant I. G. BAVER Diss. *ad L. 15. in f. D. de vsufr.* Lips. 1736. C. A. NAEVIVS Diss. *Recepta L. 15 in f. de vsufr. lectio*, Lips. 1736. I. F. HERTEL Prolus. *de iuris rom. subtilitatibus in specie L. 15. §. f. de vsufr.* Ien. 1738. I. P. HEISLER Diss. *de nuda proprietate pleno dominio, vt et de proprietatis domino seruitutem imponente, occ. L. 4. §. 15. in f. D. de vsufr.* Hal. 1756. H. F. SCHORCH Progr. *ad L. 15. §. f. D de vsufr.* Erf. 1753. I. C. SPITZ Diss. *ad L. 15. § f. D de vsufr.* Erf. 1765. C. G. RICHTER Diss. *de seruitute a proprietatis domino fundo fructuario imposita*, Lips. 1789. P B. DEGEN Diss. *grammaticalia de vsu vocum neqvidem et equidem in Corp. I. R. ad L. 15. cit.* Goett 1797. et WOLTAER (*Obs. n.* 23.) WIELING, HVBER, NOODT, GALVANVS, REINOLDVS, IENSIVS, GREVE, TOVLLIEV, Schott Crit. B. 5. S. 295. Vsum dispositionis romanae et in Germania defendunt STRVVIVS, WERNHER, COCCEII.

c) *L. 6. D commun. praed.* L. 18. *eod.* L. 19. *D. de S. P. R.* WEISMANTEL Pr. *de seruitute praedio sub lege retrovenditionis possesso adquisita.* Erf. 1797.

§. CCCLVI.

De caussa seruitutis perpetua et vicinitate praediorum.

Iure antiquo etiam ad seruitutes reales requirebatur *caussa seruitutum perpetua*, quae est *qualitas praedii seruientis interna, qua perpetuo aptum est, ad inseruiendum vtilitati dominantis praedii*, et ad eam etiam *caussam naturalem* referebant *a*). Sed *iure nouiori b*) ex Principum sententiis enato, *caussa seruitutum non amplius perpetua esse debet. Vicinitas praediorum* est *relatio duorum praediorum erga se, vi cuius vtilitas vnius praedii ex alterius vtilitate promoueri potest.* Vicina itaque praedia esse debent *c*), non tamen *contigua. Vtilitas* et *amoenitatem comprehendit in seruitute prospectus et ne prospectui officiatur*, alias autem seruitus solum

lum personalis non realis est *d*) quae solam voluptatem concernit.

a) *L.* 28. *D de S. P. V.* (PAVLL. *Lib.* 15. *ad Sabin.*). *Foramen in imo pariete conclauis vel triclinii quod esset proluendi pauimenti caussa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat, neque enim perpetuam caussam habet, quod manu fit. At quod ex coelo cadit, etsi non asidue fit, ex naturali tamen caussa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem seruitutes praediorum perpetuas caussas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquae ductus potest Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua caussa esse debet.* I. G HEINECCIVS Diss. *de caussa seruitt. perpetua,* Hal. 1738.

b) *L.* 9. *D. de S. P. R.* (PAVLL. *Lib.* 1. *sententiar.*) *Seruitus aquae ducendae vel hauriendae, nisi ex capite, vel ex fonte constitui non potest, hodie tamen ex quocunque loco constitui solet.* Ope igitur inscriptionum facile antinomia inter Paullum tolli poterit.

c) *L.* 7. §. 1. *D. commun. praed. tam vrb qm. rust.*

d) *L.* 8. *pr. D de seruitt. Vt pomum decerpere liceat* (*et*) *vt spatiari,* (*et*) *vt coenare in alieno possimus, seruitus imponi non potest. L.* 3. *de aq. quot. Hoc iure vtimur, vt etiam non ad irrogandum, sed pecoris caussa vel amoenitatis, aqua duci possit.* G. F. KRAVSE Progr. *coniect. de sensu L.* 8. *pr. D. seruitt.* Vit. 1750. CRELL Diss. §. 371. *not. b.*

Tit. II.

De singulis seruitutibus realibus, a) praediorum rusticorum.

§. CCCLVII.

De seruitute itineris actus atque viae.

Ad seruitutes praediorum I.) pertinet seruitus vi cuius dominans ius habet, aliquid per fundum alterius

terius mouendi, seu ius viae in genere; et quidem vel quodcunque mobile perducere licet, vel ius hoc restrictum est. Priori in casu est *ius* seu *seruitus viae* per eminentiam seu *in specie talis*, posteriori vero, vel tantum dominanti ipsi pro sua persona, aut alii loco eius, per fundum alterius ire licet, vel non. Si prius est *seruitus itineris*, (Fußsteigsrecht, Durchgang) seu *iter simpliciter tale*, sin posterius *seruitus actus in genere* inde oritur. *Seruitus itineris* nihil aliud comprehendit, *quam quod dominans per fundum alterius ire possit a*), non vero spatiari aut alio modo domino incommodo esse (§. 350.), aut iumentum ducere. *Seruitus* autem *actus semper seruitutem itineris inuoluit*, et praeterea vel indefinite, vel definite concessa est. Priori in casu, *dominanti licet per fundum alterius tam vehicula sua*, exceptis curribus onustis, *quam etiam iumenta sua ducere*. Posteriori vero in casu, vel restricta est ad solum ius iumenta transducendi, vel ad solum ius vehiculo transeundi. Si illud specialiter lingua vernacula nominatur die Durchtrift seu melius Viehtrieb, Durchtrieb, quoniam Durchtrift et Uebertrift non solum ius agendi sed etiam ius quoddam pascendi denotare videtur, quum tamen seruitus actus quae Durchtrieb nominatur, nunquam pasturam simul comprehendat. Sin hoc, specifico nomine die Durchfarth insignitur, adeoque *concessa vna speciali seruitute actus, altera concessa neutiquam intelligi potest.* Et quum seruitutes restrictam habeant interpretationem (§. 350.), etiam *seruitus actus restricta esse debet ad pecora* specialiter aut per conuentionem, aut per exercitium (scil. in praescriptione (§. 69.) determinata. *Seruitus* denique *viae b*) (Durchweg, Feldwegsgerechtigkeit) *tam seruitutem itineris quam omnem seruitutem actus, sicuti omnem viae usum* in-

inuoluit. Latitudo *viae* iam LL. XII. tabb. determinata erat *c*), non vero actus et itineris, sed postea per consuetudinem *latitudo actus erat* 4 *pedes in porrectum, et* 8 *in anfractum d*).

a) *pr. I. de seruit. Iter est ius eundi ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi, vel vehiculum. Actus est ius agendi, vel iumentum, vel vehiculum. Itaque qui habet iter, actum non habet, qui actum habet, et iter habet, eoque vti potest, etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi, nam et iter et actum in se continet via.* C. L. Crell Diss. (§. 350. not. *d.*).

b) *L.* 7. *pr. D. de S. P. R. Qui sella aut lectica vehitur, ire non agere dicitur. Iumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, et plaustrum ducere et iumenta agere potest. Sed trahendi lapidem aut tignum, neutri eorum ius est. Quidam, nec hastam rectam ei ferre licere, quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret, et possent fructus eo modo laedi. Qui viam habent, eundi, agendique ius habent. Plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non laedat. L.* 12. *eod. Inter actum et iter nonnulla est differentia. Iter est enim, qua quis pedes vel eques commeare potest. Actus vero, vbi et armenta traiicere, et vehiculum ducere liceat* G. Strvm Diss. *de seruitute actus ex antiquitatibus illustrata*, Vit. 1747. C. F. Walch Diss. *de actu minus pleno*, Ien 1762. A. F. Schott Diss. *de vero actus et viae discrimine.* Lips. 1767. (Ei. *opusc.* n. 7.).

c) *L.* 8. *D. eod. Viae latitudo ex Lege XII. tabb. in porrectum octo pedes, habet, in anfractum, id est, vbi flexum est, sedecim. L.* 13. §. 2. *D. eod. Latitudo actus, itinerisque ea est, quae demonstrata est. Quod si nihil dictum est, hoc ab arbitrio statuendum est. In via aliud iuris est, nam si dicta latitudo non est, legitima debetur.*

d) Varro *de legib.* lib. 4. Fest. verb. *actus.*

§. CCCLVIII.

De seruitutibus aquae ductus, aquae haustus, pecoris ad aquam adpulsus.

II.) Sequuntur seruitutes, quae concernunt aquam alterius praedii. Et quidem *seruitus aquaeductus* (Wasserleitungs-Recht, Wasserlauf) tribuit dominanti ius aut aquam ex praedio seruientis per canales in suum praedium deriuandi, aut suam aquam per fundum alterius deducendi *a*). *Seruitus aquaehaustus* (Wasserschöpfungs-Recht) seruienti imponit obligationem patiendi vt dominans ex suo praedio aquam hauriat *b*). Seruitutes igitur hae in patiendo solum consistunt, neque seruiens reficere tenetur fistulas, canales, et alia instrumenta. *Seruitus pecoris ad aquam adpulsus* (das Recht der Viehtränke) continet *ius pecora sua ad aquam alterius adpellendi c*), eaque etiam eatenus seruitus actus continetur, non tamen proximiorem viam dominans semper eligere potest.

a) *Pr. I. de seruit. Aquaeductus est ius aquae ducendae per fundum alienum. L.* 17. §. 1. *D. de aq. pluu. Recte placuit, non alias per lapidem aquam duci posse nisi hoc in seruitute constituenda comprehensum sit. Non enim consuetudinis est, vt qui aquam habeat, per lapidem stratum ducat, illa autem, quae fere in consuetudine esse solent, vt per fistulas aqua ducatur, etiamsi nihil sit comprehensum in seruitute constituenda, fieri possunt: ita tamen, vt nullum damnum domino fundi ex his detur.* S. STRYCK Diss. *de iure aquarum.* Frf. 1668. (Ei. *Diss. francof.*).

b) *L.* 9. *de S. P. R.* (§. 355. *not. b.*) *L.* 20. §. 3. *eod. Hauriendi ius non hominis sed praedii est. L.* 3. §. 1. *eod. Qui habet haustum iter quoque habere videtur ad hauriendum.* — C. F. WALCH Diss. *de aquae hauriendae seruitute,* Ien. 1754.

c) *L.*

c) *L. 4. eod. Pecoris pascendi seruitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis quam personae videntur. Si tamen testator personam demonstrauit, cui seruitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur seruitus. L. 5. eod. Neratius — ait: nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae ius posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat. — Sed ipse dicit, vt maxime calcis coquendae et cretae eximendae seruitus constitui possit, non vltra posse quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.*

§. CCCLIX.

De seruitute pascendi.

III.) Si *pastura* obiectum seruitutis est, dicitur *seruitus pascendi a*), eaque tribuit *ius dominanti pecora sua in alienum fundum pascendi caussa agere.* Si *indefinite* est concessa omnia pecora cuiusuis generis praedii dominantis ibi pascere licet, ita tamen vt pecora etiam ad fundum dominantem pertineant, et seruiens a perceptione fructuum ordinariorum non excludatur, neque pecóra *morbida* et *nociua* admittuntur. *Definite* vero seruitus concessa esse potest, tam ratione *pecorum* et *numeri* eorundem *b*), quam ratione *temporis*, et *ipsius pasturae*, et in hoc casu vltra determinatam et concessam rationem exerceri nequit haec seruitus (§. 350.). *Concessa seruitute pascendi seruientis praedii domino ius compascendi denegari nequit*, nisi determinata quantitas pecoris aut omnia pecora seruientis, aut saltem partem eorundem excludit. Si autem pastura ex post facto non sufficit, alii *c*) dominum praedii seruientis, alii dominum praedii dominantis, praeferunt, alii deinde inter seruitutem per praescript. et per conuent. constitutam distinguunt *d*), alii denique pro vtroque decidunt *e*). Nos seruien-

tem praeferimus, si pasturae penuria praeuideri non potuit, atque seruitus indefinite concessa est *f*). De *compascuo* in praelect.

a) G. Barth Diss. *de iure pascendi.* (Triftgerechtigkeit.)

b) Sub determinato numero ouium *agni* non intelligi possunt. Estor, wie bald die Lämmer bey einer auf eine gewisse Anzahl Schaafe eingeschr. Weideger. mit zu zählen. (Ei. kl. Schrift. *P.* 3. *p.* 749.) Runck Beytr. n. 10.

c) Altermann epist. *de seruitute pascendi*, Helmst. 1750.

d) C. F. Ganz *in* Putlitz Diss. epist. *de eo quod iustum est circa seruit. pasc. si pascua non sufficiunt*, Hal. 1772.

e) A. F. Rivinus Diss. *de aequali iure dominantis et seruientis praedii, si pascua non sufficiunt*, Lips. 1738.

f) *Arg. L.* 13. §. 1. *D. comm. praed. Si constat, in tuo agro lapidicinas esse, inuito te, nec priuato, nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi ius non est; nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, vt, si quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solacium, pro hoc, domino praestat. Ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino: vt neque vsus necessarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei, iure, domino adimatur. L. 6. C. de seruit. Praeses prouinciae vsu aquae, quam ex fonte iuris tui profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittet, cum sit durum et crudelitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis ad aliorum vsum vicinorum iniuria propagari.* H. Bodinus Diss. *de iure domini in praedio seruiente.*

§. CCCLX.

§. CCCLX.

Praeterea IV.) iure Romano seruitutes specialiter occurrunt, *positum habendi, fructus asseruandi nauigandi, aucupium in alterius fundo exercendi, piscandi, aquam non quaerendi, arenae fodiendae, calcis coquendae, lapides e lapidicina mea in fundum alterius promouendi*, seu *deiiciendi, siluae caeduae pedamentorum in vineis gratia a*) etc. Iure Germanico etiam huc pertinet *seruitus grutiae*, (Floßrecht), *seruitus lignandi, venandi, piscandi, glandis legendae, stercorandi*, et plura alia.

a) *L. 6. D. de S. P. R. Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportaretur; sicut in quibusdam fit, vt amphoris vinum eueharetur, aut vt dolia fiant, vel tegulae, (vel) ad villam aedificandam. Sed si vt vasa venirent, figulinae exercerentur, vsusfructus erit. §. 1. Item longe recedit ab vsufructu ius calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae, aedificandi eius gratia, quod in fundo est. Item siluae caeduae, vt pedamenta in vineis non desint. — vt tugurium mihi habere liceret in tuo. L. 17. D. si seru. L. 1. §. 1. L. 14. 16. 23. §. 1. eod.*

b) praediorum vrbanorum.

§. CCCLXI.

Seruitutes vrbanorum praediorum (§. 352.) quaedam I) aedificationem respiciunt et quidem vel ita, vt quis ius habeat aedificium suum in re vicini habendi, vel non. Ad priorem casum spectat *seruitus oneris ferendi, tigni immittendi, proiiciendi* et *protegendi*. Posteriori autem in casu vel facultas vicini altius aedificandi inde restringitur, vel non. Ad illum casum pertinent *seruitutes altius tollendi* et *non tollendi*. In hoc autem casu

vel

vel seruitus versatur circa aquam pluuiam, vel circa lumen et prospectum, vel denique circa sordes deriuandas. Ad primam speciem refertur *seruitus stillicidii immittendi*, et *non immittendi*, et *seruitus fluminis recipiendi* et *non recipiendi*. Ad secundam autem speciem referas *seruitutem luminis* et *ne luminibus officiatur*, vti et *prospectus* et *ne prospectui officiatur*. Ad tertiam denique speciem pertinet *seruitus cloacae*, et *latrinae*.

§. CCCLXII.

Seruitutis oneris ferendi a) virtute *seruiens pati tenetur* vt *aedificium alterius aut pars eiusdem in parietibus aut columnis suis requiescat.* Haec a DD. vocari solet anómala, quoniam in eadem, vt putant, seruiens contra regulam obligatus sit ad reficiendum. Sed ea opinio legibus non conuenit, in quibus solum tunc obligatio ad reparandum seruienti imponitur, si pacto speciali eandem suscepit *b*), quod plerumque et fortassis semper fere fiebat, alias autem nec in hac seruitute seruiens in vtilitatem dominantis aliquid facere tenetur (§. 350. *not. b.*). *Seruitutis tigni immittendi c*) (Tramrecht), ea est indoles *vt dominans ius habeat in parietem alterius tignum seu trabem solum immittendi. Seruitus protegendi d*) (Wetterdach) ius tribuit *dominanti supra aream alterius tectum ad auertendas pluuiarum, vel imbrium iniurias habendi, seruitus* autem *proiiciendi* (Aercker, Ausgebäude) ius dominanti tribuit, *partem aedium suarum supra aream alterius propendentem habendi.*

a) *L. 25. D. de S. P. V. Hoc quod dictum est de immissis, locum habet ex aedificio alio in aliud. Aliter enim supra alienum aedificium superius habere nemo potest.*

b) L.

b) *L.* 33. *D. eod. Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes, quae seruirent, non eum, qui imponere vellet. Nam cum in lege aedium ita scriptum esset, paries oneri ferundo, vti nunc est, ita sit, satis aperte significari, vt in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed vti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Quemadmodum si quis alicui cauisset, vt seruitutem praeberet, qui onus suum sustineret: si ea res, quae seruit, et tunm onus ferret, periisset, alia in locum eius dari debeat. L. 6. §. 2. si seru. vind. Etiam de seruitute, quae oneris ferendi caussa imposita erit, actio nobis competit, vt et onera feras et aedificia restituas ad eum modum, qui seruitute imposita comprehensus est. Et Gallus putat, non posse ita seruitutem imponi, vt quis facere aliquid cogeretur: sed ne me facere prohiberes. Nam in omnibus seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem adserit, non ad eum, cuius res seruit. Sed eualuit Seruii sententia in proposita specie, vt possit quis defendere, ius sibi esse, cogere aduersarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc seruitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. L. 8. pr. eod. Sicut autem refectio parietum ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui seruitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. Et hic quoque sicut in ceteris seruitutibus actio contraria dabitur, hoc est, ius tibi non esse me cogere.* P. J. Geisler Erört. der Rfr.: ob in denen Dienstbarkeiten der Herr des dienstbaren Gutes zu repariren schuldig? (Schott jurist. Wochenbl. v. J. 1773. n. 22.)

c) *L.* 8. §. 8. *Si seru. vind Competit mihi actio aduersus eum, qui cessit mihi talem seruitutem, vt in parietem eius ligna immittere mihi liceat, supraque ea tigna* (*v. g.*) *porticum ambulatoriam facere superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulotoriae sustineant.* §. 2. *Distant autem hae actiones inter se, quod superior* (seruitus oneris ferendi) *quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum, haec vero locum habet ad hoc solum, vt tigna suscipiat, quod non est contra genera seruitutum.*

d) *L.*

d) *L.* 2. *D. de S. P. V. L.* 242. *de V. S. Inter proiectum et immissum hoc interesse ait Labeo, quod proiectum esset id quod ita proueheretur, vt nusquam requiesceret; qualia moeniana, et suggrundia essent; immissum autem quod ita fieret, vt aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur.*

§. CCCLXIII.

De seruitutibus luminum etc.

Seruitus luminum dat dominanti *ius fenestras in communi aut alieno pariete ad lumen capiendum habendi*, *seruitus* autem *ne luminibus officiatur*, *seruienti adimit ius aliquid in suo praedio suscipiendi vnde lumina*, quae dominans in proprio habet pariete, *obscurari possint a*). Virtute *seruitutis prospectus* dominanti licet *in aream alterius prospicere per fenestras in pariete vicini apertas.* Virtute autem *seruitutis ne prospectui officiatur, vicinus eas actiones omittere tenetur, quibus dominanti prospectus*, quem ex suis fenestris habet, *intercipi possit b*). In suo pariete vnusquisque fenestras, quot velit, aperire et ex suo pariete in aream alterius prospicere potest pro lubitu, sed quoniam vicino aeque liberum est, contra aedificare, hae seruitutes constituuntur. In seruitute ne luminibus aut prospectui officiatur etiam pro parte continetur seruitus altius non tollendi.

a) *L.* 4. *de S. P. V. Luminum seruitute constituta, id adquisitum videtur, vt vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem seruitus imponitur: ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino, inuitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.* G. Strauss Diss. *de seruitute, ne luminibus officiatur*, Vit. 1669.

b) *L.*

b) L. 13. D. L. 15. L. 17. D. eod. Inter seruitutes, ne luminibus officiatur et ne prospectui offendatur, aliud et aliud obseruatur, quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum: in luminibus autem (non officere) ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si seruitus debeatur, opus ei nouum nuntiari potest, si modo sic faciat, vt lumini noceat. L. 16. Lumen, id est, vt coelum videretur, et interest inter lumen et prospectum. Nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest. add. *L. 17. eod.*

§. CCCLXIV.

De seruitute stillicidii et fluminis.

Stillicidium (Traufrecht) comprehendit *aquam pluuiam guttatim cadentem*, *flumen* vero, *eandem ex canalibus profluentem*. *Seruitus* igitur *stillicidii* aut *fluminis recipiendi* (quae et ratione dominantis dicitur seruitus *stillicidii* aut *fluminis auertendi*) *a*), ratione *seruientis* operatur *obligationem stillicidium flumenue in suum praedium recipiendi*, ratione autem *dominantis* operatur *ius liberum aquam suam pluuiam in fundum alterius deiiciendi b*). *Stillicidii* vero aut *fluminis non recipiendi* seu *non auertendi seruitus* e contra efficit, *vt seruiens aquam pluuiam vicino concedere debeat, neque adeo retinere aut in suum vsum deducere possit.*

a) L. 2. D. S. P. V. — item stillicidium auertendi in tectum vel aream vicini aut non immittendi. C. Thomasius Diss. *de seruitute stillicidii*, Lips. 1698. (Ei. Diss. T. 1. n. 15.

b) L. 20. §. 3. D. eod. Si seruitus stillicidii imposita sit, non licet domino seruientis areae ibi aedificare, vbi cassitare coepisset stillicidium. Si antea ex tegula cassitauerit stillicidium, postea ex tabulato, vel ex alia materia cassitare non potest. §. 5. Stillicidium, quoquomodo adquisitum sit, altius tolli potest.

est. Leuior enim fit eo facto seruitus — inferius demitti non potest, quia fit grauior seruitus, id est, pro stillicidio flumen §. 6. — *Sed et si in aedificio cadit stillicidium, supra aedificare ei conceditur, dum tamen stillicidium recte recipiatur.* C. L. CRELL Diss. *stillicidium altius tolli posse cum damno seruientis, ad L.* 20. §. 5. *D. de seruit. praed. vrb.* Vit. 1734. Erkl. der *L.* 20. §. 5. *D. de S. P. V.* (in Gött. gel. Beytr. z. Nutz. u. Vergn. v. J. 1768.) C. F. T. *von* LÜTTICHAV *obs. ad citat* Erklär. rc. (in Verm. jur. math. Abh. Alton. 1769. n. 8)

§. CCCLXV.

De seruitute altius tollendi et non tollendi.

In formanda *seruitutum altius tollendi* et *non tollendi* notione ICti admodum dissentiunt *a*). Alii sub ea intelligunt *ius, sumtibus meis vicini aedes in meam vtilitatem altius aedificandi*, alii *obligationem vicini in meam vtilitatem aedes suas altius tollendi*, plerique altitudinem aedium legibus publicis determinatam *b*) adsumunt, et putant, *seruitutem altius tollendi* inuoluisse *ius aedes suas altius tollendi, quam ex lege seu statuto erat permissum, seruitutem* autem *altius non tollendi* fuisse *ius prohibendi vicinum, ne aedes suas ad eam altitudinem producat, quae sibi statuto est permissa.* Sed leges, quas hunc in finem adferunt *b*), non ad materiam seruitutum sed generaliter ad ius aedificandi pertinent, neque credibile est, priuato licuisse alteri priuato indulgere, vt altitudinem publice determinatam egredi posset *c*). Nobis potius probabilius videtur *d*), *seruitutem altius tollendi esse seruitutem altius non tollendi magis determinatam.* Si quis nempe obligatus est, *etiam in eum casum altius non aedificare, si alter altius aedificat* est *seruitus altius tollendi*, quae quidem operatur, vt *seruiens non, bene* autem *vt dominans*

altius

altius tollere possit, in seruitute autem altius non tollendi *seruiens aeque quidem tollere aedificium suum nequit, ast nec alter etiam altius aedificare potest*, adeoque in seruitute altius non tollendi indefinite seu simpliciter concessa aedificia vtriusque in statu quo manere debent. Et quum vni priuato in relatione ad alterum liceat pro lubitu aedificium suum altius tollere, conuentio qua alteri permittitur altius aedificare etiam simul seruitutem altius non tollendi in eum casum si alter alius non tollendi in eum casum si alter altius tollat, adeoque seruitutem altius tollendi continet *e*). Nostrae definitioni non obstat, quod determinata aedium altitudo publicis legibus definita sit, modo adsumas in hoc casu praedia, dominans et seruiens, altitudinem determinatam tempore seruitutis constitutae nondum habuisse, et ita etiam satis seruitus altius tollendi distingui potest a seruitute altius non tollendi. Contrarium seruituti altius tollendi suscipit seruiens, si altius tollit, atque adeo *libertatem naturalem vsucapere f*) intendit.

a) A. G. PAGENSTECHER Progr. *de seruitute altius tollendi*, Marb. 1749. H. G. BAVER Diss. *de seru. alt. toll. vera notione*, Lips. 1762. C. H. BREVNING Diss. *de seru. altius tollendi*, Lips. 1766. I. H. C. de SELCHOW Diss. *de seru. alt. toll. Rom., eiusque ad Germ. habitu*, Gött. 1755.

b) Eiusmodi leges iam ab Augusti temporibus exstitisse perhibent. *L.* 1. §. 16. *D. de nou. op. nunc.* — *aut si quid contra leges edictaue principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet*, deinde Imp. Zeno nouam constituit hac de re legem, *L.* 12. *L. C. de aedific. priuat.* Estor Allerh. Anmerk. von der Höhe der Gebäude zu Rom und der Menge der dasigen Einwohner, zur Erl. der *seru. alt. toll. et non toll.* (Ei. auserl. kl. Schrift. *P. III. p.* 423. et latine, cura I. F. IVGLER, Lips. 1736.

c) L.

c) L. 38. D. *de pact.*

d) L. 11. D. *de S. P. V. Qui luminibus vicinorum officere aliudue quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.* §. 1. *Si inter te et vicinum tuum non conueait, ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris.* L 12. *Aedificia, quae seruitutem patiuntur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt. At si de prospectu est, eaque obstatura sunt, non possunt.* L 24. D. *eod. Cuius aedificium superius est, ei ius est in infinito supra suum aedificium imponere, dum inferiora aedificia non graniore seruitute oneret, quam pati debent.*

e) Quod notandum contra L. G. Mencken Diss. *non dari seruitutem altius tollendi et de ratione aedificiorum Romanorum*, Viteb. 1724.

f) C. L. Crell Diss. *seru. alt. toll. in vsucap. libertatis consistere*, Viteb. 1733.

§. CCCLXVI.

De seruitute cloacae et latrinae.

Seruitus cloacae a) ius tribuit dominanti *colluuiem sordidam in alterius aream, aedes, agrum immittendi Cloaca* (Gossenstein, Abfluß, Spühlwasser) est *cauea per quam colluuies quaedam fluit b)*, sed excrementa hominum et brutorum inde non suscipiuntur, nisi specialiter id expressum adeoque *seruitus latrinae* constituta sit. Qui seruitutes has habet, introire in aedes vicini et aperire pauimenta cloacae purgandae et reficiendae caussa potest. Sunt et aliae seruitutes his similes, v. c. *seruitutes fumi immittendi, cuniculi, balnearii habendi* etc.

a) L. 7. D. *de seruit. Ius cloacae mittendae seruitus est.*

b) L. 1. D. *cloac.*

Tit.

Tit. III.

De seruitutum realium amissione.

§. CCCLXVII.

Seruitutes praediorum extinguuntur 1) *confusione praediorum a*), si nempe dominium dominantis et seruientis praedii, in vna persona existit, quoniam nemini res sua propria seruire potest (§. 359.), indeque separatis deinde iterum praediis seruitus *non reuiuiscit*, nisi temporalis et reuocabilis solum fuerit coniunctio dominantis et seruientis personae, quo in casu solum *quiescit* et *dormit b*). Consolidatio quae fit pro parte, seruitutem plane non impedit *c*). 2) *Interitu praedii dominantis et seruientis totali*, ita tamen vt restituta re, eadem resuscitetur, quoniam *seruitus realis in area adhuc permanet*. Si pars solum interit, aut temporale solum impedimentum est, seruitus inde non extinguitur *d*). *Mutata* quoque et *in aliam efformata seruitus extinguitur*, si *ea mutatio est perpetua e*) et *ita comparata, vt, licet postea prior species restituatur, haec tamen cum priore pro eadem haberi nequeat f*). 4) *Resoluto iure concedentis* etiam *resoluitur seruitus ab eo constituta* (§. 355.). 5) *Renunciatione* tam *expressa* quam *tacita*, scilicet *si dominans seruienti ea permittit g*), *quae necessario seruitutem sibi constitutum tollunt*, alias autem tacitus consensus vltra factum non extendi debet *h*). 6) *Per lapsum temporis ad quod concessa est seruitus*, 7) *per conditionem cessantem*.

a) L. 1. D. *quemadm. seruit amitt. Seruitutes praediorum confunduntur, si idem vtriusque praedii dominus esse coeperit.* L. 30.

tem praeferimus, ſi paſturae penuria praeuideri non potuit, atque ſeruitus indefinite conceſſa eſt *f*). De *compaſcuo* in praelect.

a) G. Barth Diſſ. *de iure paſcendi.* (Triftgerechtigkeit.)

b) Sub determinato numero ouium *agni* non intelligi poſſunt. Eſtor, wie bald die Lämmer bey einer auf eine gewiſſe Anzahl Schaafe eingeſchr. Weideger. mit zu zählen. (Ei. kl. Schrift. *P.* 3. *p.* 749.) Runck Beytr. n. 10.

c) Altermann epiſt. *de ſeruitute paſcendi*, Helmſt. 1750.

d) C. F. Ganz *in* Putlitz Diſſ. epiſt. *de eo quod iuſtum eſt circa ſeruit. paſc. ſi paſcua non ſufficiunt*, Hal. 1772.

e) A. F. Rivinus Diſſ. *de aequali iure dominantis et ſeruientis praedii, ſi paſcua non ſufficiunt*, Lipſ. 1738.

f) *Arg. L.* 13. §. 1. *D. comm. praed. Si conſtat, in tuo agro lapidicinas eſſe, inuito te, nec priuato, nec publico nomine quisquam lapidem caedere poteſt, cui id faciendi ius non eſt; niſi talis conſuetudo in illis lapidicinis conſiſtat, vt, ſi quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, niſi prius ſolitum ſolacium, pro hoc, domino praeſtat. Ita tamen lapides caedere debet, poſtquam ſatisfaciat domino: vt neque vſus neceſſarii lapidis intercludatur, neque commoditas rei, iure, domino adimatur. L. 6. C. de ſeruit. Praeſes prouinciae vſu aquae, quam ex fonte iuris tui profluere allegas, contra ſtatutam conſuetudinis formam carere te non permittet, cum ſit durum et crudelitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum, ſitientibus agris tuis ad aliorum vſum vicinorum iniuria propagari.* H. Bodinus Diſſ. *de iure domini in praedio ſeruiente.*

§. CCCLX.

§. CCCLX.

Praeterea IV.) iure Romano seruitutes specialiter occurrunt, *positum habendi*, *fructus asseruandi nauigandi*, *aucupium in alterius fundo exercendi*, *piscandi*, *aquam non quaerendi*, *arenae fodiendae*, *calcis coquendae*, *lapides e lapidicina mea in fundum alterius promouendi*, seu *deiiciendi*, *siluae caeduae pedamentorum in vineis gratia* a) etc. Iure Germanico etiam huc pertinet *seruitus grutiae*, (Fleßrecht), *seruitus lignandi*, *venandi*, *piscandi*, *glandis legendae*, *stercorandi*, et plura alia.

a) *L. 6. D. de S. P. R. Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus eius fundi exportaretur; sicut in quibusdam fit, vt amphoris vinum euebatur, aut vt dolia fiant, vel tegulae, (vel) ad villam aedificandam. Sed si vt vasa venirent, figulinae exercerentur, vsusfructus erit. §. 1. Item longe recedit ab vsufructu ius calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae, aedificandi eius gratia, quod in fundo est. Item siluae caeduae, vt pedamenta in vineis non desint. — vt tugurium mihi habere liceret in tuo. L. 17. D. si seru. L. 1. §. 1. L. 14. 16. 23. §. 1. eod.*

b) *praediorum vrbanorum.*

§. CCCLXI.

Seruitutes vrbanorum praediorum (§. 352.) quaedam I) aedificationem respiciunt et quidem vel ita, vt quis ius habeat aedificium suum in re vicini habendi, vel non. Ad priorem casum spectat *seruitus oneris ferendi*, *tigni immittendi*, *proiiciendi* et *protegendi*. Posteriori autem in casu vel facultas vicini altius aedificandi inde restringitur, vel non. Ad illum casum pertinent *seruitutes altius tollendi* et *non tollendi*. In hoc autem casu vel

vel seruitus versatur circa aquam pluuiam, vel circa lumen et prospectum, vel denique circa sordes deriuandas. Ad primam speciem refertur *seruitus stillicidii immittendi*, et *non immittendi*, et *seruitus fluminis recipiendi* et *non recipiendi*. Ad secundam autem speciem referas *seruitutem luminis* et *ne luminibus officiatur*, vti et *prospectus* et *ne prospectui officiatur*. Ad tertiam denique speciem pertinet *seruitus cloacae*, et *latrinae*.

§. CCCLXII.

Seruitutis oneris ferendi a) virtute *seruiens pati tenetur vt aedificium alterius aut pars eiusdem in parietibus aut columnis suis requiescat.* Haec a DD. vocari solet anómala, quoniam in eadem, vt putant, seruiens contra regulam obligatus sit ad reficiendum. Sed ea opinio legibus non conuenit, in quibus solum tunc obligatio ad reparandum seruienti imponitur, si pacto speciali eandem suscepit *b*), quod plerumque et fortassis semper fere fiebat, alias autem nec in hac seruitute seruiens in vtilitatem dominantis aliquid facere tenetur (§. 350. *not. b.*). *Seruitutis tigni immittendi c*) (Tramrecht), ea est indoles *vt dominans ius habeat in parietem alterius tignum seu trabem solum immittendi. Seruitus protegendi d*) (Wetterdach) ius tribuit *dominanti supra aream alterius tectum ad auertendas pluuiarum, vel imbrium iniurias habendi*, *seruitus* autem *proiiciendi* (Aercker, Ausgebäude) ius dominanti tribuit, *partem aedium suarum supra aream alterius propendentem habendi.*

a) *L. 25. D. de S. P. V. Hoc quod dictum est de immissis, locum habet ex aedificio alio in aliud. Aliter enim supra alienum aedificium superius habere nemo potest.*

b) L.

b) *L. 33. D. eod. Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cuius essent aedes, quae seruirent, non eum, qui imponere vellet. Nam cum in lege aedium ita scriptum esset,* p a r i e s o n e r i f e r u n d o, v t i n u n c e s t, i t a s i t, *satis aperte significari, vt in perpetuum idem paries aeternus esset, quod ne fieri quidem posset, sed vti eiusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret. Quemadmodum si quis alicui cauisset, vt seruitutem praeberet, qui onus suum sustineret: si ea res, quae seruit, et tuum onus ferret, perisset, alia in locum eius dari debeat. L. 6. §. 2. si seru. vind. Etiam de seruitute, quae oneris ferendi caussa imposita erit, actio nobis competit, vt et onera feras et aedificia restituas ad eum* m o d u m, *qui* s e r u i t u t e i m p o s i t a c o m p r e h e n s u s e s t. *Et Gallus putat, non posse ita seruitutem imponi, vt quis facere aliquid cogeretur: sed ne me facere probiberes. Nam in omnibus seruitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi seruitutem adserit, non ad eum, cuius res seruit. Sed enaluit Seruii sententia in proposita specie, vt possit quis defendere, ius sibi esse, cogere aduersarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc seruitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. L. 8. pr. eod. Sicut autem refectio parietum ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui seruitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. Et hic quoque sicut in ceteris seruitutibus actio contraria dabitur, hoc est, ius tibi non esse me cogere.* P. J. Geisler Erört. der Rfr.: ob in denen Dienstbarkeiten der Herr des dienstbaren Gutes zu repariren schuldig? (Schott jurist. Wochenbl. v. J. 1773. n. 22.)

c) *L. 8. §. 8. Si seru. vind Competit mihi actio aduersus eum, qui cessit mihi talem seruitutem, vt in parietem eius ligna immittere mihi liceat, supraque ea tigna (v. g.) porticum ambulatoriam facere superque eum parietem columnas structiles imponere, quae tectum porticus ambulotoriae sustineant. §. 2. Distant autem hae actiones inter se, quod superior* (seruitus oneris ferendi) *quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum, haec vero locum habet ad hoc solum, vt tigna suscipiat, quod non est contra genera seruitutum.*

d) L.

d) *L.* 2. *D. de S. P. V. L.* 242. *de V. S. Inter proiectum et immissum hoc interesse ait Labeo, quod proiectum esset id quod ita proueheretur, vt nusquam requiesceret; qualia moeniana, et suggrundia essent; immissum autem quod ita fieret, vt aliquo loco requiesceret, veluti tigna, trabes, quae immitterentur.*

§. CCCLXIII.

De seruitutibus luminum etc.

Seruitus luminum dat dominanti *ius fenestras in communi aut alieno pariete ad lumen capiendum habendi*, *seruitus* autem *ne luminibus officiatur*, *seruienti adimit ius aliquid in suo praedio suscipiendi vnde lumina*, quae dominans in proprio habet pariete, *obscurari possint a*). Virtute *seruitutis prospectus* dominanti licet *in aream alterius prospicere per fenestras in pariete vicini apertas.* Virtute autem *seruitutis ne prospectui officiatur, vicinus eas actiones omittere tenetur, quibus dominanti prospectus*, quem ex suis fenestris habet, *intercipi possit b*). In suo pariete vnusquisque fenestras, quot velit, aperire et ex suo pariete in aream alterius prospicere potest pro lubitu, sed quoniam vicino aeque liberum est, contra aedificare, hae seruitutes constituuntur. In seruitute ne luminibus aut prospectui officiatur etiam pro parte continetur seruitus altius non tollendi.

a) *L.* 4. *de S. P. V. Luminum seruitute constituta, id adquisitum videtur, vt vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem seruitus imponitur: ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne ius sit vicino, inuitis nobis altius aedificare, atque ita minuere lumina nostrorum aedificiorum.* G. Strauss Diss. *de seruitute, ne luminibus officiatur*, Vit. 1669.

b) *L.*

b) *L.* 13. *D. L.* 15. *L.* 17. *D. eod. Inter seruitutes, ne luminibus officiatur et ne prospectui offendatur, aliud et aliud obseruatur, quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum: in luminibus autem (non officere) ne lumina cuiusquam obscuriora fiant. Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si seruitus debeatur, opus ei nouum nuntiari potest, si modo sic faciat, vt lumini noceat. L.* 16. *Lumen, id est, vt coelum videretur, et interest inter lumen et prospectum. Nam prospectus etiam ex inferioribus locis est, lumen ex inferiore loco esse non potest.* add. *L.* 17. *eod.*

§. CCCLXIV.

De seruitute stillicidii et fluminis.

Stillicidium (Traufrecht) comprehendit *aquam pluuiam guttatim cadentem*, *flumen* vero, *eandem ex canalibus profluentem*. *Seruitus* igitur *stillicidii* aut *fluminis recipiendi* (quae et ratione dominantis dicitur seruitus *stillicidii* aut *fluminis auertendi*) *a*), ratione *seruientis* operatur *obligationem stillicidium flumenue in suum praedium recipiendi*, ratione autem *dominantis* operatur *ius liberum aquam suam pluuiam in fundum alterius deiiciendi b*). *Stillicidii* vero aut *fluminis non recipiendi* seu *non auertendi seruitus* e contra efficit, *vt seruiens aquam pluuiam vicino concedere debeat, neque adeo retinere aut in suum vsum deducere possit.*

a) *L.* 2. *D. S. P. V.* — *item stillicidium auertendi in tectum vel aream vicini aut non immittendi.* C. THOMASIVS Diss. *de seruitute stillicidii*, Lips. 1698. (Ei. Diss. T. I. n. 15.

b) *L.* 20. §. 3. *D. eod. Si seruitus stillicidii imposita sit, non licet domino seruientis areae ibi aedificare, vbi cassitare coepisset stillicidium. Si antea ex tegula cassitauerit stillicidium, postea ex tabulato, vel ex alia materia cassitare non potest.* §. 5. *Stillicidium, quoquomodo adquisitum sit, altius tolli potest.*

eſt. Leuior enim fit eo facto ſeruitus — inferius demitti non poteſt, quia fit grauior ſeruitus, id eſt, pro ſtillicidio flumen. §. 6. — *Sed et ſi in aedificio cadit ſtillicidium, ſupra aedificare ei conceditur, dum tamen ſtillicidium recte recipiatur.* C. L. CRELL Diſſ. *ſtillicidium altius tolli poſſe cum damno ſeruientis, ad L.* 20. §. 5. *D. de ſeruit. praed. vrb.* Vit. 1734. Erkl. der *L.* 20. §. 5. *D. de S. P. V.* (in Gött. gel. Beytr. z. Nutz. u. Vergn. v. J. 1768.) C. F. T. *von* LÜTTICHAV *obſ. ad citat.* Erklär. ꝛc. (in Verm. jur. math. Abh. Alton. 1769. n. 8)

§. CCCLXV.

De ſeruitute altius tollendi et non tollendi.

In formanda *ſeruitutum altius tollendi* et *non tollendi* notione ICti admodum diſſentiunt *a*). Alii ſub ea intelligunt *ius, ſumtibus meis vicini aedes in meam vtilitatem altius aedificandi*, alii *obligationem vicini in meam vtilitatem aedes ſuas altius tollendi*, plerique altitudinem aedium legibus publicis determinatam *b*) adſumunt, et putant, *ſeruitutem altius tollendi* inuoluiſſe *ius aedes ſuas altius tollendi, quam ex lege ſeu ſtatuto erat permiſſum, ſeruitutem* autem *altius non tollendi* fuiſſe *ius prohibendi vicinum, ne aedes ſuas ad eam altitudinem producat, quae ſibi ſtatuto eſt permiſſa.* Sed leges, quas hunc in finem adferunt *b*), non ad materiam ſeruitutum ſed generaliter ad ius aedificandi pertinent, neque credibile eſt, priuato licuiſſe alteri priuato indulgere, vt altitudinem publice determinatam egredi poſſet *c*). Nobis potius probabilius videtur *d*), *ſeruitutem altius tollendi eſſe ſeruitutem altius non tollendi magis determinatam.* Si quis nempe obligatus eſt, *etiam in eum caſum altius non aedificare, ſi alter altius aedificat* eſt *ſeruitus altius tollendi*, quae quidem operatur, vt *ſeruiens non, bene* autem *vt dominans*

altius

altius tollere possit, in seruitute autem altius non tollendi *seruiens aeque quidem tollere aedificium suum nequit*, *ast nec alter etiam altius aedificare potest*, adeoque in seruitute altius non tollendi indefinite seu simpliciter concessa aedificia vtriusque in statu quo manere debent. Et quum vni priuato in relatione ad alterum liceat pro lubitu aedificium suum altius tollere, conuentio qua alteri permittitur altius aedificare etiam simul seruitutem altius non tollendi in cum casum si alter alius non tollendi in eum casum si alter altius tollat, adeoque seruitutem altius tollendi continet *e*). Nostrae definitioni non obstat, quod determinata aedium altitudo publicis legibus definita sit, modo adsumas in hoc casu praedia, dominans et seruiens, altitudinem determinatam tempore seruitutis constitutae nondum habuisse, et ita etiam satis seruitus altius tollendi distingui potest a seruitute altius non tollendi. Contrarium seruituti altius tollendi suscipit seruiens, si altius tollit, atque adeo *libertatem naturalem vsucapere f*) intendit.

a) A. G. PAGENSTECHER Progr. *de seruitute altius tollendi*, Marb. 1749. H. G. BAVER Diss. *de seru. alt. toll. vera notione*, Lips. 1762. C. H. BREVNING Diss. *de seru. altius tollendi*, Lips. 1766. I. H. C. *de* SELCHOW Diss. *de seru. alt. toll. Rom., eiusque ad Germ. habitu*, Gött. 1755.

b) Eiusmodi leges iam ab Augusti temporibus exstitisse perhibent. *L.* 1. §. 16. *D. de nou. op. nunc.* — *aut si quid contra leges edictaue principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet*, deinde Imp. Zeno nouam constituit hac de re legem, *L.* 12. *L. C. de aedific. priuat.* Estor Allerh. Anmerk. von der Höhe der Gebäude zu Rom und der Menge der dasigen Einwohner, zur Erl. der *seru. alt. toll. et non toll.* (Ei. auserl. kl. Schrift. *P. III. p.* 423. et latine, cura I. F. IVGLER. Lips. 1736.

c) *L.*

c) *L.* 38. *D. de pact.*

d) *L.* 11. *D. de S. P. V. Qui luminibus vicinorum officere aliudue quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.* §. 1. *Si inter te et vicinum tuum non conuenit, ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris. L* 12. *Aedificia, quae seruitutem patiuntur, ne quid altius tollatur, viridia supra eam altitudinem habere possunt. At si de prospectu est, eaque obstatura sunt, non possunt. L* 24. *D. eod. Cuius aedificium superius est, ei ius est in infinito supra suum aedificium imponere, dum inferiora aedificia non grauiore seruitute oneret, quam pati debent.*

e) Quod notandum contra L. G. Mencken Diss. *non dari seruitutem altius tollendi et de ratione aedificiorum Romanorum*, Viteb. 1724.

f) C. L. Crell Diss. *seru. alt. toll. in vsucap. libertatis consistere*, Viteb. 1733.

§. CCCLXVI.

De seruitute cloacae et latrinae.

Seruitus cloacae a) ius tribuit dominanti *colluuiem sordidam in alterius aream, aedes, agrum immittendi Cloaca* (Gossenstein, Abfluß, Spühlwasser) est *cauea per quam colluuies quaedam fluit b*), sed excrementa hominum et brutorum inde non suscipiuntur, nisi specialiter id expressum adeoque *seruitus latrinae* constituta sit. Qui seruitutes has habet, introire in aedes vicini et aperire pauimenta cloacae purgandae et reficiendae caussa potest. Sunt et aliae seruitutes his similes, v. c. *seruitutes fumi immittendi, cuniculi, balnearii habendi* etc.

a) *L.* 7. *D. de seruit. Ius cloacae mittendae seruitus est.*

b) *L.* 1. *D. cloac.*

Tit.

Tit. III.

De seruitutum realium amissione.

§. CCCLXVII.

Seruitutes praediorum extinguuntur 1) *confusione praediorum a*), si nempe dominium dominantis et seruientis praedii, in vna persona exsistit, quoniam nemini res sua propria seruire potest (§. 359.), indeque separatis deinde iterum praediis seruitus *non reuiuiscit*, nisi temporalis et reuocabilis solum fuerit coniunctio dominantis et seruientis personae, quo in casu solum *quiescit* et *dormit b*). Consolidatio quae fit pro parte, seruitutem plane non impedit *c*). 2) *Interitu praedii dominantis et seruientis totali*, ita tamen vt restituta re, eadem resuscitetur, quoniam *seruitus realis in area adhuc permanet.* Si pars solum interit, aut temporale solum impedimentum est, seruitus inde non extinguitur *d*). *Mutata* quoque et *in aliam efformata seruitus extinguitur*, si *ea mutatio est perpetua e*) et *ita comparata, vt, licet postea prior species restituatur, haec tamen cum priore pro eadem haberi nequeat f*). 4) *Resoluto iure concedentis* etiam *resoluitur seruitus ab eo constituta* (§. 355.). 5) *Renunciatione* tam *expressa* quam *tacita*, scilicet *si dominans seruienti ea permittit g*), *quae necessario seruitutem sibi constitutum tollunt*, alias autem tacitus consensus vltra factum non extendi debet *h*). 6) *Per lapsum temporis ad quod concessa est seruitus*, 7) *per conditionem cessantem.*

a) L. 1. D. *quemadm. seruit amitt. Seruitutes praediorum confunduntur, si idem vtriusque praedii dominus esse coeperit.* L. 30.

30. *D. de S. P. V. Si quis aedes, quae suis aedibus seruirent, cum emisset, traditas sibi accipit, confusa sublataque seruitus est. Et si rursus vendere vult nominatim imponenda seruitus est: alioquin liberae veniunt.* I. G. SIEGEL Progr. *an seruitus conf. extincta, fundo seru. rursus alienato reuiuiscat?* Lipſ. 1725.

b) *L.* 8. 18. *D. de seruitutib.*

c) *L.* 30. §. 1. *de S. P. V. Si partem praedii nactus sim, quod mihi, aut cui ego seruiam, non confundi seruitutem placet, quia pro parte seruitus retinetur; itaque si praedia mea praediis tuis seruiant, et tuorum partem mihi, et ego meorum partem tibi tradidero, manebit seruitus. Item vsusfructus in alterutris praediis acquisitus non interrumpit seruitutem.* add. *L.* 8. §. 1. *de seruit. L.* 33. §. 1. *et L.* 34. *D. de S. P. R.*

d) *L.* 20. §. 2. *D de S. P. V. Si sublatum sit aedificium ex quo stillicidium cadit, vt eadem specie et qualitate reponatur, vtilitas exigit, vt idem intelligatur. Nam alioquin si quid strictius interpretetur, aliud est, quod sequenti loco ponitur. Et ideo, sublato aedificio vsusfructus interit. L.* 31. *eod. L.* 11. *pr. de S. P. V. a* LEYSER Spec. 110.

e) *L.* 24. *pr.* §. 1. 2. *quib. mod. vsusfr.*

e) *L.* 10. §. 2. *D. quib. mod. vsusfr. Agri vel loci vsusfructus legatus, si fuerit inundatus, vt stagnum iam sit, aut palus, procul dubio extinguetur.* §. 3. *Sed et si stagni vsusfructus legetur et exaruerit, sic vt ager sit factus mutata re, vsusfructus extinguitur.*

f) *L. cit.* §. 5. 6. *L.* 12. *pr.* §. 1. *eod.*

g) *L.* 17. *commun praed. L.* 8. *quemadm. seruitt. Si stillicidii immittendi ius habeo in aream tuam, et permisero tibi in ea area aedificandi, stillicidii immittendi ius amitto. Et similiter si per tuum fundum via mihi debeatur, et permisero tibi, in eo loco, per quem via mihi debetur aliquid facere, amitto ius viae.*

h) *L.* 21. *D. de S. P. V. Si domus tua aedificiis meis vtramque seruitutem deberet, ne altius tolleretur, et vt stillicidium aedificiorum meorum recipere deberes, et tibi concessero ius esse inuito me, altius tollere aedificia tua, quod ad stillicidium meum*

meum attinet, sic statu debebit, vt si altius sublatis adificiis tuis, stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius tibi aedificare non liceat, si non impediuntur stillicidia mea, liceat tibi altius tollere.

§. CCCLXVIII.

Amittuntur denique 8) seruitutes reales *per non vsum* seu *per praescriptionem extinctiuam X annorum inter praesentes* et *XX annorum inter absentes.* Initium huius temporis in seruitutibus *adfirmatiuis* non *qualificatis* incipit statim *ex eo tempore quo dominans seruitutem exercere negligit*, in seruitutibus vero *negatiuis non qualificatis*, a tempore, *quo seruiens exercitium seruitutis dominanti prohibuit*, aut *seruituti contraria suscepit*, eaque ratione possessionem iuris prohibendi aut contrarii adquisiuit, (id quod *vsucapio libertatis a*) dicitur) et cum patientia dominantis continuauit; in *seruitutibus* vero *qualificatis* siue adfirmatiuis siue negatiuis, ab eo demum tempore, *quo et singularis haec praedii seruientis qualitas manu inducta iterum destructa atque aboleta est*, adeo vt *solus non vsus non sufficiat*, quoniam exercitium seruitutis in hoc casu ratione dominantis manet res merae facultatis. In *seruitutibus ratione temporis discontinuis* (§. 351.) tempus inter praesentes X. annorum *duplicatur*, non vero tempus inter absentes *c*), vti nec prius tempus duplicatur, si alternis diebus aut horis, neque triplicatur si singulis trienniis etc. solum exerceri potest seruitus. Ceteram etiam per partialem vsum tota seruitus retineri potest *d*).

a) L. 6. D. de S. P. V. *Haec autem iura similiter vt rusticorum quoque praediorum, certo tempore non vtendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non*

non vtendo, sed ita si vicinus simul libertatem vsucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis seruiant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas perfixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatus habueris, alioquin si nihil noui feceris retineo seruitutem. Item si tigni immissi aedes tuae seruitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, vnde exemtum est tignum, obturaueris, et per constitutum tempus ita habueris, W. A. Schoepf Diss. *de seruitutum praescriptione extinctiua,* Tub. 1716. H. F. Schorch Pr. *de praescr. seruitt.* Erf. 1748. I. Neller Diss. *de praescr. seruitt. praedialium.* Aug. Treu. 1751.

b) *L. 7. quemadm. seruitt. Si sic constituta sit aqua vt vel aestate ducatur tantum, vel vno mense, quaeritur, quemadmodum non vtendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum vti non potest, non sit vsus: itaque et si alternis annis, vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur. — Si vero alternis diebus, aut die toto, aut tantum nocte: statuto legibus tempore, amittitur, quia vna seruitus est.*

c) Vt omnes fere contendunt propter *L. vlt. C. de seruit* vbi Iustinianus — *et in proposita specie, si per quatuor quinquennia nec vno die vel ipse, vel homines eius eadem seruitute vsi sunt, tunc eam penitus amitti XX. annorum desidia.* I. Wieger Diss. *de praescriptione seruitutum discontinuarum,* Arg. 1748.

d) A. R. Ramdohr Diss. *de toto iure per partialem vsum seruato, quo vsuc. libert. et indiuidua seruit. causa illustratur,* Goett. 1753.

DISTINCT.

DISTINCT. III.

De *ſeruitutibus perſonalibus.*

Tit. I.

De indole ſeruitutum perſonalium.

§. CCCLXIX.

Seruitus perſonalis ius quidem *obiectiue* non vero *ſubiectiue reale* comprehendit, (§. 351.). *Omnes* autem *ſeruitutes eſſe poſſunt perſonales* (§. 352,), in ſpecie tamen in Iure pro talibus habentur *ſeruitus vſusfructus*, *vſus*, *habitationis* et *operarum ſeruorum.* Vſusfructus et vſus pro diuerſitate *ipſius iuris* et *extenſionis* eiusdem, differunt, habitatio vero et vſus operarum ſeruorum ex diuerſitate *obiecti* indolem ſuam accipiunt. *Vſusfructus* eſt *ius vtendi fruendi*, ſeu *ius tam vſum in ſpecie talem quam fructus in ſpecie tales* (§. 58.) *ex re aliena percipiendi*, *vſus* autem reſtrictus eſt *ad ius vſum ſolum in ſpecie talem ex re aliena capiendi. Habitatio* ſolum verſatur *circa eas partes aedium, quae inhabitationi inſeruiunt*, et *vſus operarum ſeruorum circa operas ſeruorum* tamquam res conſiderandorum.

§. CCCLXX.

De indole vſusfructus.

Vſusfructus a) tamquam ſeruitus eſt *ius vtendi fruendi re aliena* (§. *praec.*) adeoque eatenus differt a iure vtendi fruendi *re propria.* Vnde

priorem *vsumfructum formalem*, posteriorem autem *vsumfructum caussalem* dicere solent. Quod ad obiectum vsusfructus adtinet, 1) vsusfructus aut *omnium bonorum b*) aut singularum rerum 2) aut *rerum non fungibilium* aut *rerum fungibilium* esse potest. Prior dicitur *vsusfructus verus*, seu in originaria qualitate; posterior vero nominatur *vsusfructus vel quasi*. Ab initio rei publicae romanae vsusfructus *salua tantum re aliena*, et cum obligatione *rem alienam in specie restituendi c*), competebat, postea vero et in rebus fungibilibus constituebatur. Vnde et vsusfructus *nominis d*) et *vestimentorum e*) occurrit. Quod ad posteriorem adtinet *vsusfructus vestimentorum regulariter quasi vsusfructus solum est*, nisi per testatoris voluntatem aut per conuentionem vsusfructus verus constitutus sit.

a) M. A. GALVANVS *de vsufr. differtt.*, Patau 1650. Genev. 1676. G. NOODT *de vsufr. libr. II.* (Ei. *oper. T. I.*) H. B. *ab* HEVCKLVM Diss. *delineatio vsusfr. cum decisione variarum eo pertinentium controuersiarum*, Duisb. 1708.

b) I. F. OLEARIVS Diss. *de vsufr. omnium bonorum legato*, Lips. 1708.

c) *pr. l. de vsufr. Vsusfructus est ius alienis rebus vtendi fruendi salua rerum substantia.* §. 2. *Constituitur autem vsusfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in seruis et iumentis et ceteris rebus, exceptis iis, quae ipso vsu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque ciuili recipiunt vsumfructum: quo in numero sunt vinum oleum, frumentum, vestimenta, quibus proxima est pecunia numerata. Namque ipso vsu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed vtilitatis caussa Senatus censuit, posse etiam earum rerum vsumfructum constitui, vt tamen eo nomine heredi vtiliter caueatur.* I. H. FELTZ Diss. *de quasi vsufructu*, Arg. 1715.

d) L.

d) L. 3. D. de vfufr. ear. rer. — poft quod omnium rerum vfusfructus legari poterit: an et nominum? Nerua negauit; fed eft verius, poffe legari add. L. 24. D. de vfu et vfufr. legat. L. 1. C. de vfufr. C. F. WALCH Pr. controuerfia de vfufructu nominis inter veteres ICtos agitata, Ien 1758. C. F. HAEBERLIN Diff. de vfufructu pecuniae, Erlang. 1783.

e) §. 2. I de vfufr. (not. c.) L. 15. §. 4. D. eod. Et, fi veftimentorum vfusfructus legatus fit, non ficut quantitatis vfusfructus legetur; dicendum eft, ita vti eum debere, ne abutatur: nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non vteretur. §. 5. Proinde et fi fcenicae veftis vfusfructus legetur, vel aulaei, vel alterius apparatus, alibi quam in fcaena, non vtetur. A. ROTGERSIVS Diatr. de vfufr. veftiment (Ei. Apud. Demonftr. Vol. 1. Lib. 11.) A. F. SCHOTT Diff. de vfufr. veftiment. ex voluntate conftituentis vel vero vel quafi tali, Lipf. 1766. (Ei. opufc. n. 5.).

§. CCCLXXI.

De iuribus vfufructarii.

Vfufructuarius 1) *ius habet omnem vtilitatem, i. e. omnem vfum et omnes fructus ex re vfufructuaria*, tam principali quam acceſſoria, *percipiendi*, atque *per perceptionem fructuum eorum fit dominus a*) Nihil intereſt, vtrum fructus fint *ordinarii* an *extraordinarii*, vtrum fint *naturales* an *ciuiles* v. c. laudemiales, cenfus etc. Inde vtitur fruitur quoque *metallifodinis*, *lapidicinis* et *aliis fodinis b*) exceptus *marmoreis*, fi iſta non renafcuntur, neque folum *tempore vfusfructus conſtituti exiſtentibus*, fed etiam *nouiter inuentis c*). *Non* autem *ea adquirit*, *quae iure acceſſionis aeſtimantur*, veluti, arbores ex turbine deiectas *d*) nec *thefaurum*, nec *vfuras ex thefauro*, fed folum *fructus ex alluuione e*). 2) Quum dominus *fructum perceptorum* factus fit, etiam

 domi-

dominium eorundem in heredes suos transmittit; fructus autem *nondum percepti ad proprietarium pertinent.* Inde *fructus naturales* cedunt *heredibus si ante mortem ipsius vsufructuarii a solo ipso*, ex quo proueniunt, *separati sunt*, *fructus* autem *ciuiles* qui praestantur pro vsu *praedii vrbani, pro rata temporis*, ad *heredes pertinent f*), *fructus* vero *ciuiles* pro vsu *praedii rustici* praestandi *iure fructuum naturalium existimantur* (§. 335.).

a) *L.* 9. *D. de vsufr. Item si fundi vsusfructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest, ipsius fructus est, sic tamen vt boni viri arbitratu fruatur.* S. F. Rumpel Diss. *de vsufructuario fructuum domino*, Erf. 1753.

b) *L.* 7. §. 13. *D. solut. matr. Si vir in fundo mulieris dotali lapidicinas marmoreas inuenerit, et fundum fructuosiorem fecerit, marmor quod caesum, neque exportatum, est mariti. Et impensa non est ei praestanda, quia nec in fructu est marmor, nisi tale sit, vt lapis ibi renascatur, quales sunt in Gallia, sunt et in Asia.* §. 14. *Sed si cretifodinae, argentifodinae, vel auri, vel cuius alterius materiae sint, vel arenae vtique in fructu habebuntur. L.* 9. §. 1. *D. de vsufr. Et si apes in eo fundo sint, earum quoque vsusfructus ad eum pertinet.* §. 2. *Sed si lapidicinas habeat et lapidem caedere velit, vel certifodinas habeat vel arenas, omnibus his vsurum — quasi bonum patrem familias.* §. 3. *Sed si haec metalla post vsumfructum legatum sint inuenta, cum totius agri relinquatur vsusfructus non partium, contineantur legato.*

c) *L.* 13. §. 5. *D. de vsufr. Inde est quaesitum: an lapidicinas vel cretifodinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. — Et si forte in hoc, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis, vel arbustis, vel olivetis, quae fuerunt: forsitan etiam haec deiicere poterit, si quidem ei permittitur meliorare proprietatem earum.* A. Kaestner Diss. *de vsufructu partium metalli*, Lips. 1744.

d) *L.*

d) L. 59. D. eod. Arbores vi tempestatis, non culpa fructuarii, euersas, ab eo substitui non placet. C. H. HORN Diss. de eo quod iustum est circa arbores turbine deiectas, Viteb. 1716. Ei. Pr. num ius decimas exigendi arbores quoque vento vel turbine deiectas porrigatur, ib. eod. G. H. AYRER Diss. de iure sibi habendi arbores in fundis villaticis turbine disiectas, specialiter in terris bremensibus et verdens. Goett. 1755.

e) L. 9. §. 4. eod. Huic vicinus tractatus est, qui solet in eo, quod accessit, tractari. Et placuit, alluuionis quoque vsumfr. ad fructuarium pertinere. Sed si insula iuxta fundum in flumine nata sit, eius vsumfr. ad fructuarium non pertinere Pegasus scribit, licet proprietati accedat. Esse enim veluti proprium fundum, cuius vsusfructus ad te non pertineat. Quae sententia non est sine ratione. Nam vbi latiet incrementum, et vsusfr. augetur, vbi autem appare separatum, fructuario non accedit.

f) L. 58. D. eod. Defuncta fructuaria mense Decembri, iam omnibus fructibus, qui in his agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis, quaesitum est, vtrum pensio heredi fructuariae solui deberet, quamuis fructuaria ante Kalendas Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit, an diuidi debeat inter heredem fructuariae, et rem publicam, cui proprietas legata est. Respondi rempublicam quidem cum colono nullam actionem habere, fructuariae vero heredem sua die, secundum ea quae proponerentur, integram pensionem percepturum.

§. CCCLXXII.

Hinc vsufructuarius quoque 3) *ius habet rem fructuariam possidendi, eamque administrandi*, absque vllo onere rationum reddendarum, eamque ob caussam interdictis et remediis possessoriis vtitur, etiam contra ipsum dominum. 4) Etiam *rebus ad voluptatem solum spectantibus vtitur et fruitur*, a) (§. *praec. not. c*). 5) *Fundi vsufructuarii faciem mutare potest, quatenus hoc absque vllo praeiudicio domini inuiti*, et quatenus inde fundus melior fieri potest. *Regulariter* quidem

for-

formam rei vsufructuariae vsufructuarius mutare nequit, et praecipue in aedificiis *formam antiquam seruare debet b*), attamen ea mutatio vsufructuario omnino licet, qua neque conditio domini molestior finito vsufructu fit, neque ipsa res vsufructuaria deterior, potius melior redditur, et praeterea *mutationes necessarias c*) *dominus prohibere nequit*, potius addere et emendare potest fructuarius, quae necessaria sunt. Praeterea 6) *non solum aliis fundum fructuarium locare* et quodammodo *fructus ex eo percipiendas oppignorare d*), sed et *ius suum vsufructuarium alii cedere potest*, ita tamen vt *cessionarius* solum *ex persona cedentis aestimetur* (§ 377.), atque post cedentis mortem etiam cessionarii ius extinguatur. Denique 7) *propter impensas necessarias habet ius retentionis* (§. 155.).

a) *L.* 13. §. 4. *D. de vsufr. Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet, meliorem facere potest. Et aut fundi est vsusfr. legatus et non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis. Et si forte voluptate fuit praedium viridiaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas habens, non debebit deiicere, vt forte hortos olitorios faciat, vel aliud quid, quod ad reditum spectat.* N. C Lyncker Pr. *de vsufr. in rebus ad voluptatem spectantibus*, Ien. 1690. C. L. Grell Diss. *de vsufr. praedii volupt. ad L.* 13. §. 4. *D. de vsufr.* Vit. 1739. (Fasc. 17. n. 42.).

b) *L. cit.* §. 7. *eod. Sed si aedium vsusfructus legatus sit, Nerua filius et lumina immittere eum posse ait, sed et colores, et picturas et marmora poterit, et sigilla et si quid ad domus ornatum. Sed neque diaetas transformare, vel coniungere aut separare ei permittetur vel aditus, posticasue vertere vel refugia aperire, vel atrium mutare, vel viridaria ad alium modum conuertere. Excolere enim quod inuenis potest, qualitate aedium non immutata. Item Nerua, eum, cui aedium vsusfructus legatus sit, altius tollere non posse, quamuis lumina*

na non obscurentur, quia tectum magis turbatur. L. 61. eod. *Vsufructuarius nouum riuum parietibus non imponere potest. Aedificium inchoatum, fructuarium consummare non posse, placet; etiamsi eo loco aliter vti non possit. Sed nec eius quidem vsumfructum esse, nisi in constituendo vel legando vsufructu hoc specialiter adiectum sit, vt vtrumque ei liceat.* (Neratius solum loquitur de vsufr. domus et aedium in cuius vsu fructuario aedificio adstanti et inchoato non opus erat. Et haec erat ratio quare Neratius ait, fructuarium aedificium inchoatum perficere non posse). C. H. Brevning Diss. *de iure meliorationis rei vsufructuariae ab vsufructuario factae*, Lips. 1768.

c) L. 73. *eod. Si areae vsusfructus legatus sit mihi, posse me casam ibi aedificare custodiae caussa earum rerum, quae in area sunt.*

d) I. Bavmann Diss. *de executione in vsumfructum debitori in re aliena competentem rite perficienda*, Trai. ad Rh 1752. (Oelr. *Thes. nou. Diss. Belg. Vol.* 1. *T.* 1. *p.* 381.).

§. CCCLXXIII.

De obligationibus vsufructuarii.

Ante omnia 1) antequam vsufructuarius possessionem rei vsufructuariae exigere potest, *cautionem*, quae *vsufructuaria* dicitur, *praestare debet*, idque *in omni a) vsufructu* tam rei mobilis, quam immobilis, tam vero, quam vel quasi vsufructu, ita de necessitate *obtinet*, vt α) *ne quidem testator eam remittere possit b)* ideo, quoniam alias proprietas proprietario relicta inutilis esset, et vsufructuarius proprietatem relictam interuertere posset, β) *vt proprietarius eam exigere possit, licet rem absque cautione iam tradiderit c)*, γ) *vt ea* etiam ab initio remissa, *postea tamen peti possit, si periculum rei amittendae proprietario imminet*, δ) *vt si vsufructuarius cautionem praestare non possit, possessio et administratio proprietario*, praestita tamen

men iterum cautione, aut si hic aeque cautionem faciendi facultatem non habet, *extraneo relinquatur*, ε) *vt tantum cautio pigneratitia et fideiussoria, non autem inuito proprietario, iuratoria, admittatur*, ζ) *vt in legato vsufructu fructus ad heredem pertineant*, nisi natura vsusfructus ferat, vt in substantiam fructuariam imputentur *d*) 2) *in vsufructu vero tenetur re vti et frui tamquam bonus paterfamilias et rem ipsam finito vsufructu restituere debet*, in *vsufructu* autem *vel quasi*, dominium quidem ipsarum rerum fungibilium adquirit, *sed finito vsufructu aut tantundem ex eodem genere* aut aestimationem *restituere debet*, circa quas obligationes etiam versatur cautio vsufructuaria *e*). In eo igitur differt vsusfructus vel quasi a *mutuo*, quod in priori *nunquam vsurae*, *semper* autem *cautio praestetur*, simulque *morte finiatur*, et *alternatiua tantum adsit obligatio* 3) *tributa f*) *quae fructuum perceptionis intuitu inhaerent rei vsufructuariae*, siue sint ordinaria siue extraordinaria, *soluere* et *refectionem modicam*, i. e. eam, quae pro rei qualitate quotidiani vsus percipiendi gratia est necessaria, *suscipere debet g*). Immodicam quoque fert refectionem si sua culpa contigerit. *Meliorationes factas tollere non debet*, *si proprietarius eas resarcire vult h*), 5) *damna dolo* et *leui culpa data resarcire debet vsufructuarius.*

a) Exceptio solum est in *vsufructu legitimo L.* 8. §. 4. *C. de bon. quae lib. fisco L.* 1. §. 18. *D. vt legat.* et *illi relicto, cui proprietas sub certo die debetur. L.* 9. §. 2. *D. vsufr. quemadm.*

b) *L.* 1. *C. de vsufr. L.* 7. *C. vt in possess. legat. Scire debetis fideicommissi quidem et legati satisdationem remitti posse D. Marcum et D. Commodum constituisse. Vt autem boni viri arbitratu is, cui vsusfructus relictus est, vtatur fruatur minime satisdationem remitti testamento posse.* C. F. HOMMEL

MEL Diss. *de iniquitate legum Rom. remissionem cautionis vsufructuariae testatori denegantium*, Lipf. 1765. qui Alexandrum Imp. erroris et ignorantiae iuris antiqui, quo in solo quasi vsufructu cautio a testatore remitti non potuerit, arguit. Melius ZOLLER f. GÜNTHER Obseruatt. (Diss. Lipf. 1773.) h. l. explicat: cautionem vsufructuariam a testatorem remissam non opponi posse ab vsufructuario, qui boni viri arbitratu non vtitur fruitur re vsufructuaria. add. C. H. BREVNING Diss. *an cautio vsufructuaria possit remitti a testatore*, Lipf. 1770.

c) *L. 7. D. de vsufr. et quemadm.*

d) *L. 24. D. de vsu et vsufr. leg. Vxori fructu bonorum legato foenus quoque sortium quas defunctus collocauit post impletam ex Sct. cautionem praestabitur. Igitur vsuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est Non idem seruabitur, nominibus ab herede factis tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur, aut quod propter moram vsuras quoque reddi placuit super his non cauebitur.*

e) *L. 1. pr. D. vsufr. quemadm. cau. Si cuius rei vsusfructus legatus sit, aequissimum Praetori visum est, de vtroque legatarium cauere: et vsurum se boni viri arbitratu, et, cum vsusfructus ad eum pertinere desinet, restituturum, quod inde exstabit. §. 3. Cauere autem debet, viri boni arbitratu perceptum iri vsumfructum, hoc est non deteriorem se caussam vsusfructus facturum ceteraque facturum, quae in re sua faceret.* add. *L. 13. D. de vsufr. — L. 1. §. 2. vsufr. quemadm. L. 4. C. de vsufr.*

f) *L. 28. D. de vsufr. leg. Quaero si vsusfructus fundi legatus est, et eidem fundo indictiones temporariae indictae sint, quid iuris sit? Paulus respondit, idem iuris esse, et in his speciebus, quae postea indicuntur, quod in vectigalibus dependendis responsum est, ideoque hoc onus ad fructuarium pertinet.*

g) *L. 7. §. 2. D. de vsufr. Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi, Celsus scribit. Hactenus tamen, vt sarta tecta habeat. Si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere. Sed si heres refecerit, passurum fructuarium vti. Vnde Celsus de modo*

modo furta tecta habendi quaerit: si quae vetustate corruerunt, reficere non cogitur. Modica igitur refectio ad eum pertineat quoniam et alia onera agnoscit, vsufructu legato: vtputa stipendium vel tributum vel salarium, vel alimenta ab ea re relicta. add. § 3.

b) *L.* 15. *pr. D. de vsufr. et quemadm.*

§. CCCLXXIV.

De indole vsus.

Vsus plerumque a DD. definiri solet, quod sit *ius vtendi fruendi pro indigentia eius, cui competit*, quae tamen definitio ipsi denominationi repugnat. Est potius vsus, *ius vtendi seu ius vsum in specie talem ex re aliena percipiendi a*). Vsuarius igitur qua talis *ius fructus percipiendi* seu ius fruendi *non habet*, licet *in quibusdam speciebus*, ex benigna ICtorum interpretatione *b*) *vsuario* etiam ex accidenti *quidam fructus adsignentur;* sic qui habet *vsum fundi* etiam *fructibus naturalibus*, veluti oleribus, pomis floribus, foeno, stramentis et lignis *ad vsum quotidianum fruitur*, et qui habet vsum aedium non solum vna cum sua familia, seruis, clientibus et libertis ibi habitare, sed etiam hospitem immo inquilinum potest recipere, sic et in vsu siluae fructus quoque cedunt *c*), in *seruitute* vero *vsus pecoris vltra vsum in specie talem non facile proceditur d*). *Eandem cautionem praestat vsuarius ac vsufructuarius e*), sed *nec alii cedere nec vendere nec aliis vsum concedere potest sine se.*

a) §. 1. *I. h. t. Minus autem iuris est in vsu quam in vsufructu, nam is, qui fundi nudum habet vsum, nihil vlterius habere intelligitur, quam vt oleribus, pomis, floribus, foeno, stramentis et lignis ad vsum quotidianum vtatur, in eoque fundo hactenus ei morari licet, vt neque domino fundi molestus sit, neque iis per quos opera rustica fiunt, impedimento: nec*

nec vlli alii ius, quod habet, aut locare aut vendere, aut gratis concedere potest, quum is qui vsumfructum habet, posset omnia haec facere.

b) *L. 2. D. de vsu et hab. Cui vsus relictus est, vti potest, frui non potest. Et de singulis videndum.* §. 1. *Domus vsus relictus est aut marito aut mulieri: si marito, potest illic habitare non solus, verum cum familia quoque sua. An et cum libertis, fuit quaestionis? Et Celsus scripsit, et cum libertis, posse hospitem quoque recipere, nam ita scripsit. Quam sententiam et Tubero probat. Sed an etiam inquilinum recipere possit apud Labeonem memini tractatum. Et ait Labeo, eum qui ipse habitat, inquilinum posse recipere. Idem: et hospites, et libertos suos.* L. 3. *eod Et clientes.* L. 4. D. *eod. Ceterum sine eo ne hos quidem habitare posse. Proculus autem de inquilino notat non belle inquilinum dici, qui cum eo habitet: secundum haec et si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitat, non erit ei inuidendum: quid enim si tam spatiosae domus vsus sit relictus homini mediocri, vt portiuncula contentus sit? Sed et cum his, quos loco seruorum in operis habet, habitabit: licet liberi sint, vel serui alieni.* §. 1. *Mulieri autem si vsus relictus sit, posse eam et cum marito habitare, Quintus Mucius primus admisit, ne ei matrimonio carendum foret, cum vti vult domo. Nam per contrarium, quin vxor cum marito possit habitare, nec fuit dubitatum. Quid ergo si viduae legatus sit? an nuptiis contractis post constitutum suum vsum, mulier habitare cum marito possit? Et est verum, vt et Pomponius et Papinianus probat, posse eam cum viro et postea nubentem habitare. Hoc Amplius Pomponius ait, et cum socero habitaturam.* L. 7. D *Non aliter autem mulier hospitem recipere potest, quam si is sit qui honeste cum ea, quae vsum habeat, habitaturus sit.* L. 8. D. *Sed neque locabunt seorsum, neque concedent habitationem sine se, nec vendent vsum.* §. 1. *Sed, si vsus aedium mulieri legatus sit, ea conditione et cum viro habitaturam.*

c) *L. 22. p. D. eod. D. Hadrianus, cum quibusdam vsus siluae legatus esset, statuit fructum quoque eis legatum videri, quia nisi liceret legatariis caedere siluam et vendere, quemadmodum vsufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.*

d) *L. 12. §. 2. de vsu et habit. Sed si pecoris vsus relictus est, puta gregis ouilis ad stercorandum vsuru dumtaxat Labeo ait.*

ait. Sed neque lana neque agnis, neque lacte vsurum: haec enim magis in fructu esse. Hoc amplius, etiam modico lacte vsurum puto. Neque enim tam stricte interpretandae sunt voluntates defunctorum. §. 3. *Sed si bonum armenti vsus relinquatur, omnem vsum habebit et ad arandum, et ad cetera, ad quae boues apti sunt.* §. 4. *Equitii quoque legato vsu, videndum ne et domare possit, et ad vehendum sub iugo vti. Et si forte auriga fuit, cui vsus equorum relictus est, non puto eum circensibus his vsurum, quia quasi locare eos videtur, sed si testator sciens eum huius esse instituti, et vitae, reliquit, videtur etiam de hoc vsu sensisse.* C. L. Crell Diss. *de seruitute vsus, eiusque benigna interpretatione*, Vit. 1751. (*F. X. n.* 3)

c) *L.* 11. *D. de vsu et habit.*

§. CCCLXXV.

De habitatione.

Iure anteriorum temporum dubium erat, vtrum inter seruitutem vsus aedium et habitationis in effectu esset differentia. Iustinianus autem litem veterum Iurisprudentum sua decisione finiuit, atque habitationem ab vsu aedium separauit *a*). Et quidem ius habitationis latius patet quam vsus aedium in eo, *quod habitator etiam alios substituere possit*, minus autem in habitatione deprehenditur, in eo, *quod habitator eas solum aedium partes* postulare possit, *quae inhabitationi inseruiunt.* Speciale est quod habitatio nec capitis diminutione nec non vsu extinguatur, quia habitatio magis ex *iure gentium* quam ex *iure ciuili* aestimabatur *b*).

a) §. 5. *I. de vsu et habit. Sed et si cui habitatio legata siue aliquo modo constituta sit, neque vsus videtur, neque vsusfructus sed quasi proprium aliquod ius, quamquam habitationem habentibus propter rerum vtilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra decisione* (*L. vlt. C. de seruit. et habit.*) *promulgata permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis loca-*

locare. I. WIEGER Diſſ. *poſitiones iuridicae de vſu et habitatione*, Arg. 1751.

b) L. 10. D. *eod.* L. 10. D. *de cap. min. vel ſi habitatio legetur morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interueniente perſeuerat, videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in iure conſiſtit.* Factum h. l. naturalem cauſſam, et ius, ius ciuile romanum deſignare clare cognoſcitur ex L. 41. D. *de pecul.* L. 27. §. 2. D. *de pact. et* L. 38. D. *de V. O.* A. F. Roßmann: warum die *habitatio* vielmehr *in facto* als *in iure* beſtehe. *ad* L. 10. D. *de cap. min.* (Schott Wochenbl. v. 1773. n. 24.)

Tit. II.

De adquiſitione et conſtitutione ſeruitutum perſonalium.

§. CCCLXXVI.

Seruitus perſonales iisdem fere modis ***conſtituuntur*** et adquiruntur, ac ſeruitutes reales, (§. 353.). Nempe vel per diſpoſitionem ipſius domini rei ſeruientis, vel minus. Priori in caſu *conſtitui poſſunt tam per diſpoſitionem inter viuos, quam mortis cauſſa a*). Poſteriori vero in caſu vel ipſa legis diſpoſitione immediata, vel decreto iudicis conſtituitur. Ad ***illum*** caſum pertinet *vſusfructus* ***legitimus***, qui competit, 1) *patri* in bonis liberorum aduentitiis regularibus *b*) (§.), 2) *matri*, ſi in bonis mariti cum liberis eiusdem ex Iuſtinianea diſpoſitione ſuccedit (§. 466.), 2) moribus hodiernis *marito* in bonis paraphernalibus vxoris (§. 392.) 4) *coniugi*, ſi in poenam ſecundarum nuptiarum proprietatem ſuorum bonorum amittit et ſolum vſum-

vsumfructum retinet *c*), quod tamen in Germania propter cessantes poenas secundarum nuptiarum cessat. Ad *hunc* casum pertinet *vsusfructus iudicialis*, qui in vnico casu obtinet, *si in iudicio diuisorio seu communi diuidundo res aliter exitum habere nequit d*).

a) §. 1. *I. de vsufr. L. 6. pr. D. de vsufr.*

b) §. 1. *I. per qu. pers. L. 6. C. de bon. lib.* P. B. GERDES Diss. *de vsufructuariis legitimis*, Gryph. 1710.

c) *L. 3. et Auth. C. de secund. nupt.*

d) *L. 6. §. 1. D de vsufr. Constituitur adhuc vsusfructus et in iudicio familiae herciscundae et communi diuidundo, si iudex alii proprietatem adiudicauerit, alii vsumfructum.* add. *L. 16. D. fam. her. §. 4. I. de off. iud.*

Tit. III.

De extinctione seruitutum personalium.

§. CCCLXXVII.

Seruitutes personales *extinguuntur* 1) *interitu rei seruientis*, adeo vt *ne areae quidem vsusfructus superfit*, neque *restitutis aedibus*, *vsusfructus reuiuiscit a*), in quo igitur seruitutes reales (§. 367.) a personalibus differunt: 2) *consolidatione*, si aut vsufructuarius proprietatem ipsius rei adquisiuerit, aut domino proprietatis vsusfructus ipsius rei ab vsufructuario cedatur. Ita ex caussa necessaria in indole vsusfructus posita vsusfructus finitur, sed quoque *ex legum dispositione* certis modis extinguitur et ad proprietatem reuertitur, *ne in vniuersum inutilis esset proprietas semper abscedente vsufructu*; adeo

adeo vt vsusfructus et vsus quoque finiatur 4) *morte vsufructuarii*, si in ipsius vsusfructus constitutione is ad aliam personam non extensus fuerit. Si vsusfructus itaque *ciuitati* aut *alii vniuersitati* relictus est, quae morte singulorum membrorum non extinguitur, *vsusfructus C. annorum spatio exspirat b*), nisi prius iam vniuersitas dissoluta sit, et vsusfructus *heredibus* quoque relictus *non nisi ad heredes primi gradus transit c*). Vsusfructus autem *filiofamilias* relictus, *neque propter mortem filii patri adimitur, neque mortuo patre in filio cessat d*). 4) Nec minus *per capitis deminutionem vsufructuarii* et *vsuarii magnam* et *mediam*, aliud vero in habitatione obtinet (§. 375.). 5) *Per non vsum* et *praescriptionem extinctiuam X. annorum inter praesentes et XX. annorum inter absentes.* In *discontinuis* tempus X. annorum inter praesentes *duplicatur* (§. 369. *not. c.*). Requiritur autem non solum vt occasio vtendi fruendi adfuerit, sed etiam per partis vsum retinetur (§. *cit. not. d.*). Sunt qui 6) per *cessionem* et 7) per *abusum* amitti vsumfructum defendunt, sed quod cessionem adtinet, cessionarius solum ex persona cedentis aestimatur (§. 374. *not. a.*), et aperte vsufructuario *locatio* et *venditio vsusfructus in legibus tribuitur e*), *abusus f*) autem *non aliter vsumfructum tollere potest*, nisi proprietarius irreparabile damnum inde sentiat, quod tamen propter cautionem ab vsufructuario faciendam (§. 373.), et propter administrationem in casu deficientis cautionis alteri relinquendam (§. cit.) vix cogitari poterit.

a) PAVLL. *Sent. lib.* 3. *tit.* 6. §. 28. *Amittitur autem* (vsusfructus) *quinque modis, capitis deminutione, rei mutatione, non vtendo, in iure cessione, dominii comparatione.* § 4. I. *de vsufr. Finitur autem vsusfructus morte vsufructuarii, et duabus capitis deminutionibus; maxima et media,*

et

et non vtendo per modum et tempus, quae omnia nostra statuit constitutio (L. pen. C. de vsufr.). *Item finitur vsusfructus, si domino proprietatis ab vsufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agit), vel ex contrario, si fructuarius proprietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si aedes incendio consumtae fuerint, — extingui vsumfructum, et ne areae quidem vsumfructum deberi. L.* 1. §. 7. *D. quib. mod. vsufr. Nam etsi domus fuerit restituta, vsusfructus extinguitur.* add. *L.* 8. *eod. L.* 34. *D. de vsusfr.*

b) *L.* 56. *D. de vsufr.* I. SWEERS Diss. *de vsufructu ciuitati legato*, LugdB. 1731.

c) *L.* 14. *C. eod.* — *Tales altercationes decidentes sancimus et huiusmodi legatum firmum esse et talem vsumfructum vna cum herede finiri* —

d) *L. f. C. eod.* — *Et ideo sancimus in huiusmodi casibus, neque si seruus vel filiusfamilias in praefatos casus inciderit, interrumpi patri vel domino vsumfructum, qui per eos adquisitus est, sed manere intactum, neque si pater — vel morte ab hac luce fuerit exemtus vsumfructum perire, sed apud filium remanere.*

e) Neque obstat, *cit.* §. 4. — *nam cedendo extraneo nihil agit*, nec minus *L.* 66. *D. de iure dot.* — *si vsusfructus fundi cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur: difficultas erit post diuortium circa reddendum ius mulieri: quoniam diximus vsumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis, et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reuersurum vsumfructum. Quidam ergo, remedii loco, recte putauerunt, introducendum, vt vel locet hunc vsumfructum mulieri maritus, vel vendat nummo vno: vt ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.* THEOPH. — *namque extraneo cedens nihil agit, sed inefficax est cessio.* Contrarium autem defendunt G. S. WIESAND Diss. *de cessione vsusfructus extraneo facta*, Vit. 1766 et alii.

f) *L.* 13. *D. de vsufr. L.* 1. *D. vsufr. quemadm. cau. L.* 27. *D. de nox. act.* C. H. BREUNING Diss. *an Seruitus vsusfructus amittatur abusu*, Lips. 1771.

DISTINCT.

DISTINCTIO IV.

De *actionibus seruitutum caussa proditis.*

§. CCCLXXVIII.

De actionibus possessoriis.

Actiones, quas ius seruitutis operatur, vel sunt *possessoriae* vel *petitoriae* (§. 159. 169.). Ad priores pertinent *varia interdicta* quae non sunt nisi *interdictum vti possidetis* (§. 282.) *ad speciales casus adplicatum.* Huc spectat 1) *interdictum de itinere actuque priuato a), quo quis in quasi possessione itineris actusue,* intra annum, a die interdicti retrorsum computandum, in *alieno fundo non vi, non clam, non precario, exerciti, contra turbantem defenditur.* 2) *Interdicta de aquae ductu* specialiter proposita, et quidem α) *de aqua quotidiana b),* β) *de aqua aestiua,* γ) *de aqua ex castello, quibus is, qui in possessione iuris aquam ducendi anno proximo, aut aestate proxima, aut iuris aquam ex receptaculo publico ducendi constitutus fuit, defenditur,* 3) *interdicta de aquae haustu et pecoris ad aquam adpulsu* seu *interdictum de fonte c), de fonte reficiendo, de riuis, quibus Praetor prohibet impedire eum, qui anno proximo ex fonte, puteo lacu, piscina alterius, quatenus riua d) aqua in iis continetur, aquam hausit.* 4) *Interdictum de cloacis, quod tuetur eum, qui cloacas reficere vult, vt sordes eo facilius possint deriuari.* 5) *Interdictum de superficiebus*, de quo infra vlterius (§. 385.).

a) L. 1. D. *de itin. actuq. priuat.*

 b) L.

b) L. 1. *pr.* D. *de aqua quotid.*

c) L. 1. *pr.* D. *de fonte.*

d) L. 1. D. *de cloac.*

§. CCCLXXIX.

De actionibus petitoriis.

Ad actiones *petitorias* pertinet *actio confessoria* seu *adfirmatiua* et *negatoria* seu *negatiua.* *Prior* competit *illi, qui seruitutem sibi adserit, contra possessorem praedii seruientis, ad id, vt seruitutem agnoscat, vtque eum in exercitio seruitutis sibi competentis, non turbet.* *Posteriorem* instituit *possessor praedii seruientis contra eum, qui in suum praedium seruitutem sibi tribuit ad id, vt libertatem praedii agnoscat, et ab exercitio seruitutis desistat.* Vtraque actio tam *directe* quam *vtiliter* institui potest. *Directa* est, *quae in seruitutibus iuris Romani instituitur*, *vtilis* vero *in iuribus bannariis* locum habet. Quod ad *probationem* in his actionibus adtinet, nos quidem tam in actione confessoria, *actorem*, quam in actione negatoria, *reum*, *onere probandi immunem esse contendimus, si is, qui seruitutem sibi adserit, in possessione vel quasi re vera constitutus est c*), quoniam praesumtio pro possessore fortior est praesumtione libertatis (§. 65.) sed passim a DD. contrarium minus recte defenditur *d*).

a) L. 13. §. 1. L. 19. D. *de dam. inf.* L. 30. *de noxal act.* L. 2. §. 1. L. 6. §. 3. D. *si seruit. vind.* §. 2. I. *de act.* L. 5. *pr.* D. *si vsusfr. pet.* A. a LEYSER Spec. 109. F. A. HOMMEL Diss. *qua omnem actionem confessoriam ex seruitute, negatoriam ex libertate esse probat*, Lips. 1721. C. I. *de* KRVSSE *Tr. de actione confessoria et negatoria, tam directa quam vtili*, Giess, 1758.

b) *L. 17. pr. §. 1. D. si seruit. vind.* H. C. SENCKENBERG Diss. *de cautelis circa actionem negatoriam,* Giess. 1740. A. F. RIVINUS Diss. *paradoxa circa actionem negatoriam,* Viteb. 1746. L. C. SCHROEDER Pr. *de actione negatoria, pro specie contrauindicationis apud Rom. non habenda,* Marb. 1750.

c) *L. 1. pr. §. 1. D. de itin. act. priu L. 7. D. de liberal. causs* (§. 65. *not. b.*). *L. 14. D. de probat. L. 2. L. 15. C. eod.* I. H. AYRER Progr. *de onere probandi non reo, sed actori etiam in actione negatoria subinde imponendo,* Goett. 1756. WOLTAER Observ. 34. *Ius Brandenburgicum semper reum in negatoriae actionis iudicio probationis onere grauandum vetat.* I. C. REDDERSEN Diss. *de onere probandi in act negat. et in sp. si reus in quasi possessione seruit. praetensae constitutus sit.* Erf. 1797.

d) N. H. GUNDLING Obs. *quis in actione negatoria debeat probare?* (*in Gundlingian. P. 28. S. 263.*). C. THOMASIUS Diss. *de onere probandi in actione negatoria,* Hal. 1716. Hufeland Beytr. n. 10. sed vide N. A. D. Bibl. 27. B. 1. St. 1. H.

MEMBRUM III.

De iure emphyteuticario.

Tit. I.

De indole et natura iuris emphyteuticarii

§. CCCLXXX.

De notione iuris emphyteuticarii.

Ius emphyteuticarium a graeco vocabulo φυτεύω seu ἐμφυτεύω, *planto, insero,* dictum, illud ius ab

 origine

origine denotabat, *quod possessoribus competebat, qui agros sub lege culturae et annui vectigalis* seu *canonis praestandi ab ipso populo Romano accipiebant.* Triplex agrorum vectigalium *a*) ab initio erat indoles, postea vero magis magisque immutata et subuersa. Institutum ab initio *publicum* deinde et *priuati* imitabantur, et non solum *agros incultos*, sed etiam *cultos* sub lege annui canonis, simulque ratione in cultorum, sub lege meliorationis, concedebant priuati priuatis in emphyteusin, vnde emphyteuticarii et vectigales agri promiscue *b*) iure Pandectarum vsurpari solent, iure Codicis vero agri quidam vectigales admodum ab emphyteuticariis differunt. Notio igitur iuris emphyteutici *c*) erit, quod sit *ius reale ex re aliena in perpetuum* (i. e. donec canon soluitur, neque ad speciale tempus restrictum est) *omnem vtilitatem percipiendi sub conditione annui canonis soluendi.*

a) De his omnibus vide Burmann Diss. *de vectigalibus populi*, Trai. Rom. ad Rh. 1694. LugdB. 1734 G. F. C Riediger (Praef. G. S. Madihn) Diss. *de vera indole agrorum vectigalium secundum I. R. doctrinam.* Trai. cis Viadr. 1773. M. Würdt (S. Hartleben) Diss. *de emphyteusi meletemata quaedam*, Mogunt. 1792.

b) Quamuis enim sint, qui propter rubricam *Tit. D. si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur* et *L.* 1. *D. eod. alii agri ciuitatum*, *alii vectigales*, *alii non vectigales vocantur*, emphyteuticarium agrum quidem vectigalem, non vero omnem agrum vectigalem fuisse emphyteuticarium contendant, rectius tamen alii vsum promiscuum saltim saepius obuenire ideo statuunt, quoniam lectio florentina rubricam tituli sic exhibet, *si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius*, et in *L.* 15. §. 2. *D. qui satisd. cog.* dicitur, *sed et, qui vectigalem agrum, id est, emphyteuticarium agrum possidet, possessor intelligitur.* C. Krebs Diss. *de agro vectigali et emphyteusi*, Vltrai. 1733.

c) C.

c) C. G. HOFFMANN Diss. *Collatio I. nat. R. et can. circa doctrinam de emphyteusi cum legibus et moribus Germ.* Lips. 1720. I. H. GLASMACHER Diss. *de potioribus differ. inter emphyteuses Rom. et Germ. intercedentibus*, Marb. 1769. F. SPRENGEL Diss. *de natura et indole emphyteuseos germ. vulgo* der teutschen Erbleihe, Goett. 1771.

§. CCCLXXXI.

De iuribus emphyteutae.

Emphyteuta est *is, qui rem alienam in emphyteusin accipit.* Eius iura sunt, 1) *omnes fructus ex hac re aliena percipere potest*, siue sint ordinarii siue extraordinarii, (§. 59.) 2) *indeque et agrum incultum colere* et eatenus *faciem rei immutare potest*, quatenus conditio fundi emphyteutici inde deterior non fit, alias vero fundum v. c. domum, siluam, agrum etc. in accepta qualitate seruare debet *a*), 3) *dominium adquirit meliorationum* v. c. aedificiorum, arborum etc. adeoque licet dominus fundi non sit, (§. 384.) tamen dominus *emponematum* omnino fit *b*), 4) *dominium emponematum et ius suum emphyteuticum in heredes suos tam ab intestato, quam ex testamento transmittit, c*) adeoque non solum emphyteuta ad dies vitae, sed etiam heredes sui tam diu ius vtendi fruendi retinent, quamdiu canon ab illis soluitur, nisi alia ratione breuius tempus obtineat, 5) *et ita etiam emponemata et ius suum emphyteuticarium* durante eius successorumque iure *absque consensu domini oppignorare*, et 6) *idem illud per dispositionem inter viuos in alios transferre potest. modo consensus domini imploretur*, 7) *emphyteusin refutare potest, si absque damno et praeiudicio domini id fit d*), 8) *euicto fundo emphyteuticario alium aut interesse exigere potest* (§. 216. *not. e*).

a) Non.

a) *Nou.* 120. *c.* 1. *in f.*

b) *L.* 3. *et* 4. *C. de iure emphyteutico* (§. *seq. not. a*) I. Schilter Diss. *de iure emponematum*, Schaufelrecht, Arg. 1697. (*in* Ei. *Cod. Iur. Alem. feud.*) E. Tentzel Progr. *de melioramentis emphyteuticis*, Erf. 1733.

c) §. 3. *I. de locat.* (§. 216. *not. b.*) L. 1. D. *si ager vectig. Vectigales vocantur, qui in perpetuum locantur, id est hac lege, vt quam diu pro his vectigal pendatur, tamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, in locum eorum successerunt, auferre eos liceat.* I. P. de Banniza Diss. *de emphyteuseos trans et amissione*, Würceb. 1752.

d) H. Hildebrand Diss. *de refutatione emphyteuseos*, Alt. 1703. G. F. Kravse Diss. *de emphyteuseos renunciatione inuito domino inualida*, Vit. 1761.

§. CCCLXXXII.

De iuribus domini.

Dominus fundi emphyteutici 1) *sibi vindicat omnia ea, quae iure accessionis aestimantur*, adeoque et thesaurum (§. 329.) et alluuiones, quarum tamen vsum recte poscit emphyteuta (§. 371.): 2) *exigere potest, vt emphyteuta agrum incultum melioret*, et *ordinaria diligentia administret*. Obligatio igitur ad meliorandum ad essentiam iuris emphyteutici non pertinet, neque agros cultos iam, neque domum emphyteuta magis magisque meliorare tenetur; 3) *domino pro consensu in alienationem inter viuos debetur* aut *quinquagesima pars pretii*, si titulo oneroso, aut *aestimationis*, si titulo gratuito, *emphyteuta ius suum in alium transfert*, *a*) idque *laudemium* Lehnwaare *b*), ab analogiam laudemii feudalis vocatur. *Vtrum laudemium hoc nouus emphyteuta*, sicuti nouus vasallus, *an antiquus soluere teneatur*, si in conuentione nihil

hil de ea re dictum eſt, *diſputatur.* Plerique *priori* neceſſitatem incumbere defenduut, ſed noſtra ex ſententia potius *antiquus emphyteuta illud ſolucre debet*, quoniam non tam pro receptione noui emphyteutae, quam *pro conſenſu impetrando* et *pro ſubſcriptione* praeſtandum eſt. 4) Domino competit *ius protimiſeos legale intuitu alienationis meliorationum* et *translationis iuris emphyteutici in alium inter viuos*, ſcil. in venditione, non vero in permutatione et donatione.

a) L. 3. C. de iure emphyt. Cum dubitabatur, vtrum emphyteuta debeat cum domini voluntate ſuas meliorationes, quae graeco vocabulo ἐμπονήματα dicuntur, alienare vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius exſpectare conſenſum, ſancimus: minime licere emphyteutae, ſine conſenſu domini meliorationes ſuas aliis vendere, vel ius emphyteuticum transferre. Sed ne hac occaſione accepta domini minime concedant, emphyteutas ſuos accipere pretia meliorationum quae inuenerunt, ſed eos deludant, et ex hoc commodum emphyteutae depereat, diſponimus, atteſtationem domino transmitti, et praedicere, quantum pretium ab alio reuera accipi poteſt. Et ſi quidem dominus hoc dare maluerit, et tantam praeſtare quantitatem, quantam ipſe reuera emphyteuta ab alio recipere poteſt, ipſum dominum omnimodo haec comparare. Sin autem duorum menſium ſpatium fuerit emenſum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, vbi voluerit, et ſine conſenſu domini meliorationes ſuas vendere. — Neceſſitatem autem habere dominos, ſi aliis melioratio ſecundum praefatum modum vendita ſit, accipere emphyteutam — non contradicere, ſed nouum emphyteutam in poſſeſſionem ſuſcipere. — Et ne auaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, — non amplius eis liceat pro ſubſcriptione ſua vel depoſitione, niſi quinquageſimam partem pretii vel aeſtimationis loci, qui ad aliam perſonam transfertur accipere, ſi autem nouum emphyteutam, vel emtorem meliorationis ſuſcipere minime dominus maluerit, et atteſtatione facta, intra duos menſes hoc facere ſuperſederit, licere emphyteutae, etiam non conſentientibus dominis, ad alios ſuum ius vel emphyteumata transferre. Sin autem aliter fuerit verſatus — iure emphyteutico cadat.

b) I.

b) I. F. Rivinvs Pr. *de iure, quod domino directo intuitu laudemii competit,* Lipſ. 1727. (Ei. *Progr. p.* 8.) I. C. Pesler Pr. *de origine vocis* Lehnwaare, Frcf. 1750. I. E. Ziegler (Praef. Henne) Diſſ. *de laudemio cenſuali, vulgo* von der Erbzinslehnwaare. Erf. 1770.

§. CCCLXXXIII.

5) Quotannis canonis ſolutionem exigere poteſt dominus, et ſi canon intra triennium ab emphyteuta non fuerit ſolutus, *eundem expellere poteſt, neque* emphyteuta *offerendo canonem moram purgare poteſt a*), quoniam canon tamquam conditio reſolutiua, et clauſula commiſſoria (§. 189.) ſpectari debet. In *eccleſiaſtica* emphyteuſi *emphyteutam moram*, antequam dominus voluntatem ſuam declarauerit, *purgare poſſe*, ſtatuunt *b*), et ad alias quoque emphyteuſes extendunt. De *remiſſione canonis* multum quoque diſputatur. Nobis autem eorum ſententia verior videtur, qui neque propter *ſterilitatem* aut *tempeſtatem*, neque propter *inundationem* aut *incurſionem hoſtium c*) temporariam, neceſſitatem canonis ſoluendi defendunt, *quum canon non in fructuum compenſationem, ſed in ſolam dominii recognitionem praeſtetur.*

a) *L.* 2. *C.* eod. *In emphyteuticariis contractibus ſancimus, ſi quidem aliquae pactiones in emphyteuticis inſtrumentis fuerint conſcriptae, easdem et in omnibus aliis capitulis obſeruari. — Sin autem nihil ſuper hoc capitulo fuerit pactum, ſed per totum triennium, neque pecunias ſoluerit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere, eum a praediis emphyteuticariis repellere, nulla ei in poſterum allegatione nomine meliorationis, vel eorum, quae emponemata dicuntur, vel poena opponenda, ſed omnimodo eo, (ſi dominus voluerit) repellendo, neque praetendente, quod non eſt ſuper hac cauſſa inquietatus, cum neminem oporteat conuentionem vel admonitionem exſpectare, ſed vltro ſeſe offerre et debitum ſpontanea voluntate perſoluere. Ne autem ex hoc dominis facultas oriatur.*

tur emphyteutas suos repellere — licentiam ei (emphyteutae) *concedimus, attestatione praemissa pecunias offerre hisque obsignatis et secundum legem depositis, minime deiectionis timere periculum.*

b) *Nou.* 120. *c.* 8. ecclesiae tribuitur facultas canonem residuum exigendi, simulque emphyteutam expellendi. *Cap.* autem *fin.* X. *de locat. coud.* habetur: — *emphyteuta quoque cessando in solutione canonis per biennium, nisi celeri satisfactione post modum sibi consulere studuisset, iuste potuisset repelli, non obstante, quod ei, vt canonem solueret, non exstitit nuntiatum, cum in hoc casu dies statuta pro domino interpellat.*

c) Neque obstat *L.* 12. *§. f. D. reb. auct. iud.* *si propter naturam rei, veluti si praedium inundatum sit, aut propter latronum potentiam non potest possideri, recte dicitur non esse, quod possideatur.*

§. CCCLXXXIV.

De domino vtili, quod in emphyteusi statui solet.

Frequentissime empyteusis definitur, quod sit *dominium vtile.* Distinguunt enim *dominium* in *plenum* et *minus plenum*, et posterius iterum *in directum*, et *vtile*, quod in *emphyteusi*, in *superficie* et *feudo* statuunt. Ea autem distinctio varie exhibetur. Primo enim *dominium plenum* illud dicunt, *cum quo omnia ea iura coniuncta sunt, quae cum illo consistere possunt, et coniuncta esse solent.* Haec distinctio omnino admitti potest, et in ipsis legibus occurrit in hoc sensu *ius in rem plenum, plena in rem potestas, nuda proprietas a).* Secundo autem *alii, ipsam essentiam dominii* seu *characteres essentiales* in dominii pleni et minus pleni distinctione secant, adeo vt *plenum* dicant, *in quo omnia essentialia dominii seu tota nuda proprietas, minus plenum* autem, *in quo pars solum huius proprieta-* tis

tis deprehenditur; *alii* vero dicunt, *dominium directum ius* est *de ipsius rei substantia*, *dominium* autem *vtile*, *de ipsius rei consectariis disponendi*, denique *alii* illud *dominium plenum* dicunt, *vbi nemini ius competit, iura dominio contenta quoad exercitium restringendi*, *dominium* vero *minus plenum* adesse, *si cui ius competit* iura *domini quoad exercitium restringendi*, illumque, cui ius restringendi competit nominant *dominum directum*, illum autem, cuius dominium per ius alterius restringitur, *dominum vtilem*. Sed de omnibus istis distinctionibus notandum 1) eas tum obscuras tum absurdas esse, quum aut essentia ipsa diuidi non possit, et quid non totam essentiam rei habet, etiam nomen illius non meretur, aut dominium vtile nihil plane ex essentialibus dominii habet, adeoque eo minus dominium nominari posse, 2) dominium directum et vtile ipsa *Iura romana* et *canonica ignorare*, adeoque superfluam esse totam hanc distinctionem, immo et 3) eandem legibus repugnare, quum *ipsae leges vnum tantum dominum agnoscant*, qui hodie *directus* dici solet, adeoque et *accessiones ad eum solum*, *non ad dominum* sic dictum *vtilem, pertinere debere* indeque 4) quum ad confusionem inuitare possit, distinctionem hanc detestabilem et derelinquendam *b*) esse, et 5) a Glossatoribus solum ex ima et profunda ignorantia iuris esse inuentam et prolatam, 6) rationem, quare distinctionem dominii vtilis ab vsufructu romano necessariam putant, quoniam nempe dominus vtilis, non autem vsufructuarius, faciem rei immutare possit, vacillare et falsam esse, (§. 372.) neque si vera esset, distinctionem excusare posset, quum hoc ius vtendi fruendi seu hic vsusfructus etiamsi a seruitute vsusfructus, seu vsufructu simpliciter tali, differat, nulla tamen ratio adsit, quare hoc

hoc ius in re aliena ſtatim dominium dici debear. Denique 7) quod ad emphyteuſin adtinet, in legibus ipſis *dominium emphyteutis denegatur c*), et emphyreuta nunquam dominus vocatur, quod etiam inde roboratur, quod a plerisque ICtis Romanis ipſe quoque contractus emphyteuticarius ad contractum locationis conductionis Iure Pandectarum relatus ſit. Et quamuis a quibusdam ICtis iura anteriore ad emtionem venditionem relatus fuerit contractus emphyteuticarius, inde tamen emphyteuta pro domino vtili nullatenus habitus eſt.

a) §. 5. *I. de vſufr. Cum autem finitus fuerit totus vſusfructus, reuertitur ſcilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit, plenam in re habere poteſtatem. L. 4. D. de alim. vel cibar. relict. — Quaero quaenam habeant ſignificationem, vtrum vt ex praediis alimenta ipſi capiant, an vero vt praeter praedia et cibaria et veſtiaria ab herede percipiant, et vtrum proprietas an vſusfructus relictus eſt. — Modeſtinus reſpondit: videtur mihi ipſa praedia eſſe libertis relicta, vt pleno dominio haec habeant, et non per ſolum vſumfructum.* —

b) Fuerunt iam multi qui diſtinctionem iſtam reſpuendam duxerunt, vt Lvdwell in *exercitt. iur. feud.* F. A. Hommel Diſſ. *quinque etc.* (§. 318. *not. a.*) C. F. Hommel Acad. Red. S. 357. J. C. G. Buchäus Gedanken von dem gemachten Unterschied unter den obern und nutzbaren Eigenthum (in Zepernick Samml. IV. 61. Woltaer *in not ad Moelleri diſt. feud. cap. 2. diſt. 1. not. 16.* Riediger *cit. Diſſ.* et alii nuper a Schnavberto Erl. üb. *Boehm. pr. I. F.* S. 3. allegati.

c) *L. 1. §. 1. D. ſi ager vectig. Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamquam non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem aduerſus quemuis poſſeſſorem. L. 71. §. fin. de leg. 1.* (§. *not.*). B. L. Schwendendörfer Diſſ. *de putatiuo dominio vtili*, Lipſ. 1697. I. B. Friese Pr. *de dominio*

minio directo et vtili, Ien. 1719. H. G. BAVER Progr. *de emphyteutae iure, vero dominio*, Lipſ. 1760. L. I. V... RICH Diſſ. *de nat. et indole dominii vtilis quod vulgo* Obereigenthum laſſung vocant. Marb. 1801.

§. CCCLXXXV.

De iure superficiei.

Adfinitas materiae nos ducit ad theoriam *de iure ſuperficiario*, quoniam non ſolum et in hoc dominium vtile ſtatuitur, ſed etiam ipſum ius ſuperficiei, aut emphyteuticarium, aut ius ſeruitutis ſit. *Superficies* aut *obiectiue* aut *ſubiectiue* ſumitur. Priori in ſignificatione *ſuperficies* denotat *omne illud, quod fundo* ſiue per implantationem ſiue per ſationem ſiue per inaedificationem *impoſitum eſt a)*, et in hoc ſignificatu, proprie ſuperficies dicitur, *ſi quid fundo alieno impoſitum eſt.* Poſteriori vero in caſu, eſt *ius ipſum, ſuperficiem in alterius fundo habendi*, quod ius 1) *perſonale* eſt, ſi per modum *ſolius locationis conductionis* adquiſitum eſt, 2) *ius reale eſt* ſi aut *per modum ſeruitutis* aut 3) *per modum emphyteuſeos* conſtituitur, adeoque nobis non tam ius diuerſum, atque ſeparata iuris realis ſpecies, quam potius *ius in aliud incidens* videtur, et *canon* ſolum diuerſum nomen *ſolarii b)* (Bodenzins) accipit.

a) *L.* 73. *D. de R. V.* — *Superficiario, L.* 74. *eod. id eſt, qui in alieno ſolo ſuperficiem ita habet, vt certam penſionem praeſtet, L.* 75. *Praetor, cauſſa cognita, in rem actionem pollicetur. L.* 2. *D. de ſuperficieb. Superficiarias aedes appellamus, quae in conducto ſolo poſitae ſint, quarum proprietas et ciuili et naturali iure eius eſt, cuius et ſolum. L.* 1, *D. eod. Ait Praetor: Vti ex lege locationis ſiue conductionis ſuperficie, qua de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero fruemini, quo minus fruamini, vim fieri veto, ſi qua alia actio de ſuper-*

perficie postulabitur, causa cognita dabo. §. 1. *Qui superficiem in alieno solo habet, ciuili actione subnixus est. Nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex emto agere cum domino soli potest. Etenim, si ipse eum prohibeat, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. Sed longe vtile visum est, (quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est, possidere, potius quam in personam experiri) hoc interdictum proponere et quasi in rem actione polliceri.* §. 2. *Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti vti possidetis.* — §. 3. *Quod ait Praetor, si actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, sic intelligendum est, vt si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet.* §. 4. *Is autem, in cuius solo superficies est, vtique non indiget vtili actione, sed habet in rem, qualem habet de solo.* §. 5. *Si soli possessori superficies euincatur, aequissimum erit, subuenire ei vel ex stipulatu, vel certe ex emto actione.* §. 6. *Quia autem etiam in rem actio de superficie dabitur, petitori quoque in superficiem dari, et quasi vsumfructum siue vsum quendam eius esse, et constitui posse per vtiles actiones credendum est. Sed et tradi posse intelligendum est, vt et legari et donari possit.* §. 9. *Seruitutes quoque praetorio iure constituentur, et ipse ad exemplum earum, quae ipso iure constitutae sunt, vtilibus actionibus petentur. Sed et interdictum de his vtile competet.* I. N. Hertius Diss. *de iure superficici et solario*, Giess. 1682. (Ei. *Differt.*) I. G. Siegel Pr. *de iure superficiario reali quidem, ad dominium vtile vero haud trahendo*, Lips. 1752. *a* Leyser Spec. 509.

h) I. P. Treiber Diss. *de solario*, Erf. 1707. I. P. Slevogt Diss. *de solario ex superficie praestando*, Ien. 1713.

Tit. II.

De constitutione, adquisitione, et amissione iuris emphyteutici.

§. CCCLXXXVI.

De constitutione et adquisitione iuris emphyteutici.

Ius emphyteuticum solum duplici ratione *constitui* et

et *adquiri poteſt a*), nempe per voluntatem ipſius domini, vel absque illa, ſeu per praeſcriptionem. Ad poſteriorem adquiſitionem requiritur *vt adquirens fundum emphyteuticariam tamquam emphyteuticum per X. annos inter praeſentes, et XX. annos inter abſentes* et quidem vt nobis videtur, *b. f.* et *iuſto titulo*, aut ſaltim *ſciente altero* (§. 349.) poſſederit, adeoque vt *canonem emphyteuticarium ſoluerit*, atque *dominus eum qua talem acceptauerit.* Ad priorem vero adquiſitionem, et quidem per *vltimae voluntatis diſpoſitionem*, non niſi *generalia requiſita vltimae voluntatis exiguntur*, ad adquiſitionem autem per *diſpoſitionem inter viuos*, tam *requiſita contractuum conſenſualium* (§. 216.) quam etiam *pacta adiecta in ſcripturam redacta* (§. *cit.*) *neceſſaria ſunt:* et praeterea quoque ſcriptura in contractu emphyteuticario requiritur, *ſi emphyteuſis eccleſiaſtica ad nepotes tranſire debet b*).

a) H. Rennemann Diſſ. *de iuris emphyt. conſtitution eiusque acquiſiti iurib. et amitt. modis*, (Ei. *Irsprd*, R. G. *m. II. n.* 56.).

b) *L.* 14. *§.* 5. *C. de SS, eccl. Nou.* 120. *c.* 5.

§. CCCLXXXVII.

De amiſſione iuris emphyteutici.

Amittitur et extinguitur ius emphyteuticum 1) *renunciatione eiusdem ab emphyteuta facta*, 2) *propter moram in ſoluendo canone aut ſoluendis tributis et exhibendis apochis per triennium commiſſam* (§. 381.), 3) *propter non vſum*, 4) *ſi emphyteuta inter viuos ius emphyteuticarium ſuum et dominium meliorationum absque conſenſu domini in alium tranſtulit b*), 5) *ſi emphyteuta dominium fundi emphyteutici adquirit*, 6) *propter lapſum tem-*

temporis, ad quod conceſſum eſt, in quibus omnibus caſibus *conſolidatio* aut in perſona domini aut emphyteutae contingit. Praeterea exſpirat 7) *per praeſcriptionem extinctiuam dominii*, ſi in denegationem canonis emphyteuticarii dominus per tempus legitimum acquieſcit, et 8) *per interitum rei totalem.* Caſum enim rei emphyteuticariae tam partialem quam totalem, ſentit ipſe dominus, adeoque et emphyteuta ab eius reſtitutione liberatur.

a) F. A. Evers Diſſ. *de iure tum domini, tum emphyteutae in fundo emphyteutico eiusque finiendi modis*, Marb. 1701.

b) L. 2. *et* 3. C. *de iure emphytent.* (§. 382. *not. a. p. c.*). I. I. Beck Diſſ. *de iuſtis caducitatem emphyteuſeos inferentibus cauſis*, Alt. 1723.

Tit. III.

De *emphyteuticaria actione.*

§. CCCLXXXVIII.

Emphyteuticaria actio a) tam *perſonalis quam realis* eſt. Prior oritur ex contractu emphyteuticario, et de hac iam ſupra actum eſt (§. 216). Poſterior oritur ex iure emphyteuticario reali, et *ipſi emphyteutae* competit, ad rem emphyteuticariam a quocunque poſſeſſore vindicandam.

a) I. Nerger Diſſ. *de iure actionis emphyteuticariae*, Vit. 1661.

Mem-

MEMBRVM IV.
De iure dotium.
Tit. I.
De *indole iuris dotium.*
§. CCCLXXXIX.

Ius dotium non niſi *ius vſusfructus* eſt *marito competens in res dotales, quod ſpeciales determinationes accepit, quibus ſeſe diſtinguit a ceteris vſusfructus ſpeciebus, quoad obiectum diuerſis.* *Dos in genere* omnes eas comprehendit, *res, quae ad vxorem pertinent, quaeque oneribus matrimonii,* aliquo modo *ſuſtinendis inſeruiunt.* Sed *in ſpecie dos* denotat ſolum *eam rem, quae fructus fert, ex quibus onera matrimonii ſuſtineri poſſunt a*), adeo vt in hoc ſignificatu *adparatus muliebris b*), (Ausſtattung) et *dos* (Brautſchatz, Ehesteuer) diſtinguatur. Sine nuptiis dos cogitari nequit, et nuptiae conditionem ſine qua non continent.

a) *L. 7. D. eod. Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas ſuggerit: cum enim ipſe onera matrimonii ſubeat, aequum eſt, eum etiam fructus percipere.* E. TENTZEL Pr. *de dote*, Erf. 1728.

b) *L. 9. §. 2. D. de iur. dot. Dotis autem cauſſa data accipere debemus ea, quae in dotem dantur. §. 3. Ceterum ſi res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα dicunt, quaeque Galli peculium appellant, videamus, an ſtatim efficiuntur mariti? Et putem, ſi ſic dentur, vt fiant, effici mariti, et cum diſtractum fuerit matrimonium non vindicari oportet, ſed condici, nec dotis actione peti. Plane ſi rerum libellus marito detur, vt Romae vulgo fieri videmus: nam mulier res, quas ſolet in vſu habere in domo mariti, neque in dotem dat, in libellum ſolet conferre, eumque libellum marito offerre vt is ſub-*

subscribat, quasi res acceperit: et velut chirographum eius vxor retinet, res quae libello continentur in domum eius se intulisse. Hae igitur res, an mariti fiant, videamus. Et non puto. Non quod ei traduntur. Quid enim interest, inferantur volente eo, in domum eius, an ei tradantur? sed quia non puto, hoc agi inter virum et vxorem, vt dominium ad eum transferatur, sed magis, vt certum sit, in domum eius illata, ne si quandoque separatio fiat, negetur. Et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulierculis commissae sint. I. G. Estor *de adparatu et instructu nuptarum vulgo* Ausfteuer *praeter dotem in pactis dotalibus promisso, eiusque iure, quum maritus foro cessit,* Marb. 1744. H. G. Pierer Diss. *de differentia dotis et instructus muliebris,* Lips. 1761.

§. CCCXC.

Si dos vere tradita est, et maritus apocham de accepta dote dederit dicitur *dos cauta*; sin vero solum apocham dederit, dotem vera non acceperit, dicitur dos *cauta non numerata a*), quam Iustinianus inuenit, ne pauperes feminae dote destitutae impediantur, quo minus legitimum matrimonium inire possint. *Aestimata* quoque dos esse potest, aut solius taxationis caussa aut venditionis gratia (§. 238. §. seq. not. *a*). Denique omnia bona vxoris vel sunt dotalia, vel non dotalia seu *paraphernalia b*) quae in Occidente dicebantur *receptitia*.

a) Vid. *tit. C. de dote cauta non numerata.*

b) *L.* 9. §. 3. *D. de iure dot.* (§. *praec. not. b*). *L.* 11. *C. de pact. conuent. Si mulier marito suo nomina, id est, foeneratitias cautiones, quae extra dotem sunt, dederit, vt loco paraphernorum apud maritum maneant, et hoc dotali instrumento fuerit adscriptum; vtrumne habeat aliquas ex his actiones maritus, siue directas siue vtiles, an penes vxorem omnes remaneant, et in quem euentum dandae sint marito actiones, quaerebatur. Sancimus itaque, si quid tale euenerit, actiones quidem omnimodo apud vxorem manere,*

 licen-

licentiam autem marito dari easdem actiones mouere apud competentes indices, nulla ratihabitione ab eo exigenda, et vsuras quidem eorum circa se et vxorem expendere, pecunias autem sortis, quas exegerit, seruare mulieri, vel in causas ad quas ipsa voluerit, distribuere. Et si quidem in dotali instrumento hypothecae pro his nominatim a marito scriptae sint, his esse mulierem ad cautelam suam contentam. Sin autem minime hoc scriptum inueniatur, ex praesenti nostra lege habeat hypothecam contra res mariti, ex quo pecunias ille exegit. Ante enim habeat mulier ipsa facultatem, si voluerit, siue per maritum, siue per alias personas easdem mouere actiones, et suas pecunias percipere, et ipsas cautiones a marito recipere, securitate ei competente facienda. Dum autem apud maritum remanent eaedem cautiones, et dolum et diligentiam maritus circa eas praestare debet, qualem et circa suas res habere inuenitur, ne ex eius malignitate, vel desidia aliqua mulieri accedat iactura. A. H. ENGELBRECHT (Pr. *ab* EYBEN) Diss. *de iure paraphernorum*. Giess. 1669. (in *ab* EYBEN *oper. T. II. n.* 8.). I. E. LINCK Diss. *de parapheruis*. Arg. 1730.

§. CCCXCI.

De iuribus mariti in rebus vxoris dotalibus.

Maritus I. *in rebus ad adparatum muliebrem pertinentibus solum habet ius fructum et vsum in specie talem ex hisce rebus capiendi*, non vero *dissentiente vxore eas alienare potest*. Dominium igitur harum omnium rerum manet apud vxorem *a*). II. In *rebus dotalibus* iure antiquo, quum vxores adhuc in manus mariti conuenirent, et inde tamquam filiaefamilias nihil proprii habere possent, dominium reuocabile marito tribuebatur, *b*) tam iure Pand. quam iure Cod., ita tamen, vt non nisi dominium improprie dicatur, saepiusque marito *solus vsusfructus c*), et proprietas *d*) tunc demum adsignetur, si res dotales *venditionis gratia* aestimatae eidem traditae essent. Iura igitur mariti in dote

dote ſunt vt 1) *dote inaeſtimata* atque etiam *taxationis gratia aeſtimata* ſolum *vtatur et fruatur ſalua rerum ſubſtantia e*), 2) vt *impenſas neceſſarias et vtiles repetere poſſit*, 3) *fructus*, adeoque et partus animalium, *adquirat* et *ſuos faciat*, ita tamen vt ex foetu animalium gregem acceptam ſuppleat *f*), 4) *adminiſtrationem rerum dotalium habeat legitimam*, adeoque 5) *ab onere cautionem praeſtandi immunis ſit*, (§. 373.) 6) *in adminiſtratione* et *fructuum perceptione non opus illi ſit conſenſu vxoris*, modo onera matrimonii pro dignitate maritali et facultate vxoris ſuſtineat. Denique et 7) durante matrimonio *exſecutio in bona vxoris ceſſat g*). In rebus autem venditionis gratia aeſtimatis dominium conſequitur, atque adeo *pretium* ſolum, non *rem ipſam*, *reſtituere debet*, et *caſum* ſentit (§. 283. not. *c*.)

a) *L.* 9. §. 3. *de iur. dot.* (§. 389. *not. b.*). *L.* 10. *eod. Plerumque intereſt viri, res non eſſe aeſtimatas, ne periculum rerum ad eum pertineat, maxime ſi animalia in dotem acceperit, vel veſtem, qua mulier vtitur. Eueniet enim ſi aeſtimata ſint, et ea mulier adtriuit, vt nihilominus maritus aeſtimationem eorum praeſtet. Quoties igitur non aeſtimatae res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieris fiunt.* §. 1. *Si praediis inaeſtimatis aliquid acceſſit hoc ad compendium mulieris pertinet, ſi aliquid deceſſit, mulieris damnum eſt.* F. G. STRVVE Diſſ. *de domino mariti in rebus vxoris mobilib. inaeſtimato in dotem datis*, Ien. 1720.

b) *L.* 75. *eod. Quamuis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſt — huius etiam conſtante matrimonio, quamuis apud maritum dominium ſit — L.* 3. *C. eod. — cum et inter viuos manumittendi mancipia dotalia conſtante matrimonio liberam habeat maritus facultatem. L.* 3. *C. eod. Si praedium vxor tua dotale venumdedit, ſponte nec ne contractum ratum habuerit, nihil intereſt, cum rei tibi quaeſitae dominium auferre uolente minime potuerit.*

c) *L.* 9. §. 2. 3. *D. de iur. dot.*

 d) *L.*

d) L. 9. §. 3. *eod.* (*not. a.*). *L.* 5. 6. *eod. Quoties res aestimatae in dotem dantur, maritus dominium consecutus, summae velut pretii debitor efficitur. Si itaque non conuenit, vt soluto matrimonio restitueretur et iure aestimatae sunt, retinebit eas, si pecuniam tibi offerat.* S. GENTILIS Diss. *de aestimatione rerum in dotem datarum* (in Ei. Tr. *de bon. matern.* Hanou. 1606.). I. A. HELWIG Diss. *de eo quod iustum est circa dotem aestimatam*, Gryph. 1763.

e) L. 30. *C. eod. In rebus dotalibus siue mobilibus, siue immobilibus seu se mouentibus si tamen exstant, siue aestimatae taxationis caussa) siue inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogatinam iubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt posse sibi potiorem caussam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio vxoris fuerint, et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videtur fieri, ideo rei veritas deleta et confusa est.* E. HARSKAMP Diss. *de dominio dotis ad L. 30. C. de iur. dot.* Vltrai. 1736.

f) L 9. §. 2. D. *de iur. dot. Si serui sobolem ediderunt, mariti lucrum non est.* §. 3. *Sed fetus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur, sic tamen vt suppleri proprietatem prius oporteat, et summissis in locum mortuorum capitum ex adgnatis, residuum in fructum maritus habeat, quia fructus dotis ad eum pertinent.*

g) I. H. MEIER Diss. *de mariti, executione in rem dotalem facta, interuentione*, Erf. 1725. J. Steng. Beytr. 2. B. n. 3.

§. CCCXCII.

In rebus paraphernalibus.

In *bonis paraphernalibus* iure romano *maritus solum vsum fructum et administrationem habebat, si vxor consentiebat,* indeque *nolente eadem marito nulla in hisce bonis competebant iura a)*, vnde et recte latine *receptitia* dicebantur (§. 389.). Sed *vsus hodiernus haec omnia mutauit b)*, et potius *semper marito vsumfructum et administrationem*

legi-

legitimam bonorum paraphernalium tribuit, adeo vt nisi vxor ante matrimonium sibi liberam eorum administrationem et vsumfructum expresse *reseruauerit*, quo in casu *receptitia* (Spillgelder, Nadelgelder) hodierno stylo nominantur; *maritus et administrationem et vsumfructum ita sibi vindicat c), vt vxor maritum iisdem priuare non posset.* Vnde in Germania omnia bona vxoris aut sunt *adparatus muliebris*, aut *bona dotalia* aut *paraphernalia* aut *receptitia*, et bona dotalia atque paraphernalia in eo solum in Germania differunt, quod vxor ratione priorum non solum hypotheca tacita sed etiam iure praelationis, gaudeat, in bonis paraphernalibus vero solam hypothecam tacitam habeat. In quaestione *vtrum in dubio magis pro dotalibus an pro paraphernalibus praesumendum sit?* nobis *pro dotalibus praesumendum* videtur *d*).

a) L. 8. C. *de pact. conuent. Hac lege decernimus, vt vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam vxore prohibente habeat communionem, nec aliquam ei necessitatem imponat.* L. 11. C. *eod.* (§. 389. *not. b.*). Receptitia bona I. R. cum paraphernis eandem habuisse significationem praeclare ostendit MEISTER *cit. Diss.* §. 3.

b) C. G. GAERTNER Diss. *de I. R. distinctione inter dotem et parapherna foris Germaniae non accommodata*, Lips. 1729.

c) F. L. STOLTZE Diss. *de mariti in bonis vxoris paraphernalibus sibi competentis vsusfructus renunciatione qualitati paraphernali non nocina*, Lips. 1733.

d) L. 70. D. *de iur. dot.* L 85. D. *de R. I. In ambiguis pro dotibus respondere melius est.* C. F. G. MEISTER Diss. *de bonis vxoris ex I. R. praesumtione non paraphernalibus sed dotalibus*, Goett. 1769. F. M. STARCK Diss. *de bonis vxoris ex Iure Rom. praesumtione non dotalibus sed paraphernalibus*, Goett. 1798 am ENDE verm. jur. Abhandl. n. 13.

Tit. II.

Tit. II.

De conſtitutione et adquiſitione dotis.

§. CCCXCIII.

Si dos a patre filiae conſtituitur dicitur *profectitia a*), ſin ab alio *aduentitia.* Pater Iure romano filiasfamilias ſuas elocare iisque honeſtam nubendi conditionem quaerere debebat *b*), adeoque et filiae dos debetur, quae citra conſenſum patris viro non indigno nupſit *c*). Hodie hanc neceſſitatem patris ceſſare contendunt *d*), ſed immerito. Pater autem *ſemel e*), tantum et quoad *primas nuptias f*), nec minus tunc demum tenebatur, *ſi filia propriis bonis deſtituta erat g*). Si pater aut filiam in poteſtate ſua non habet, aut etiam mortuus eſt, *auus* ad eam dotandam tenetur *h*). *Mater* autem *non tenetur*, licet pater mortuus ſit, niſi ex *magna et probabili cauſſa i*), v. c. ſi in nuptias filiae conſenſit, ſi alia ratione honeſta nubendi conditio non adeſt etc. Quum mater de regula non teneatur, multo minus ceteri *cognati* tenentur, niſi expreſſe ſeſe obligauerint. In dote aduentitia extraneus *poſt biennium* ad vſuras teneatur *k*).

a) *L. 5. D. de iur. dot. Profectitia dos eſt, quae a patre vel parente profecta de bonis, vel facto eius. L. 5. §. 11. eod. Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profectitiam nihilominus dotem eſſe nemini dubium eſt, quia non ius poteſtatis, ſed parentis nomen dotem profectitiam facit, ſed ita demum, ſi vt parens dederit.* Bohse Diſſ. *de conſtitutione dotis*, Lign. 1734. I. Kapper Diſſ. *de dotis promiſſione indeterminate facta valida vel non valida*, Gieſſ. 1796.

b) *L.*

b) L. 2. (§. 389. not. a). L. 69. D. de iur. dot. L. 19. D. de rit. nupt. Copite XXXV. L. Iuliae, qui liberos, quos habent in potestate, iniuria prohibuerint ducere vxores, vel nubere, vel qui dotem dare non voluni ex constitutione DD Seueri et Antonini per Proconsules coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur, et qui conditionem non quaerit. I. F. Troppaneger Diss. de dote non promissa praestanda, Lips. 1711. P. Wasmuth Diss. de officio dotandi suam progeniem, Lips. 1751. I. G. Hamberger Comment. de necessitate dotis apud Romanos, Ien. 1752. I. C Stieglitz Diss. de necessitate patris conditionem filiobus quaerendi, Hal. 1757. A. L. Homberg zu Vach de obligatione patris ad constituendam dotem non promissam illiusque, sublata quamuis Lege Voconia cum ante tum post nuptias filiae con tractus efficacia, Marb. 1770. Eschenbach Pr. de necessitate dotis profectitiae Rost. 1799.

c) C. H. Breuning Diss. de dote filiae, quae citra patris consensum nupsit, Lips. 1767.

d) I. S. Stryck Diss. de dote non promissa non praestanda, Hal. 1710. I. P. Schmidt Diss. de obligatione patris ad dotandas filias, Rost. 1749.

e) F. C. Conradi Diss de patre filiam, quae dotem amisit iterum dotare non cogendo, Lips. 1728.

f) P. P. Wolfhardt (Praes. I. C. Schroeter) Diss. de dote in secundo matrimonio tacite renouata, Ien. 1723. M. Grass Diss. de redotatione eiusque iure, Tub. 1716.

g) L. 7. C. de iur. dot. Si pater dotem pro filia simpliciter dederit, vel pro filia ante nuptias donationem fecerit, habeat autem filius vel in potestate constitutus vel forte emancipatus res maternas vel ex alio modo tales, quae adquisitionem effugiunt, quarum vsusfructus solum apud patrem remanet dubitabatur apud veteres, vtrumve videretur pater ex ipso debito dotis vel a. n. donationis fecisse promissionem vel donationem, vt sese ab huiusmodi nexu liberaret. — Vtramque igitur dubitationem certo fieri tradentes, sancimus, si quidem nihil addendum existimauerit, sed simpliciter dotem vel a. n. d. dederit vel promiserit, ex sua liberalitate hoc fecisse intelligi, debito in sua figura

figura remanente. von **Cramer**: ob nicht in gewissen Fällen zu präsumiren, der Vater habe die der Tochter versprochene Dotalgelder aus seinem eigenen Vermögen und nicht anderwärts herzugeben zugesagt. (Ei. W. N. P. 94.) C. PONTANVS Diss. *de obligatione patris dotandi filiam bonis propriis instructam,* Tusburg. 1721. C. G. KNORRE Diss. *de dote filiae locupletis,* Hal. 1724. I. C. DRECHSLER Diss. *de ambiguitate dotis a patre filiae diuiti constituendae,* Arg. 1745. Meditt. f. R. 2. B. S. 118.

h) L. 5. §. 8. D. *de iur. dot.*

i) L. 34. D. *eod.* L. 14. C. *eod.* *Neque mater pro filia dotem dare cogitur, nisi ex magna et probabili caussa, vel lege specialiter expressa* (L. 19. C. de hered.) *neque pater de bonis vxoris suae vllam dandi habet facultatem.*

k) L. 13. C. *de iur. dot.*

Tit. III.

De restitutione dotis.

§. CCCXCIV.

Quum maritus *vsumfructum* solum in dote venditionis gratia non aestimata habeat, facile perspicimus, *soluto matrimonio dotem aut a marito, aut ab eius heredibus esse restituendam a).* Quod si igitur absque *culpa leui* res dotales interemtae sint, maritus liberatur ab earum restitutione, quod secus est in rebus venditionis gratia aestimatis (§. 391.). In *securitatem* dotis restituendae non solum aut dotem constituenti, aut ipsi vxori *dominium competit* (§. *cit.*) sed etiam praeterea 1) *vxori intuitu rerum dotalium competit hypotheca tacita in omnia bona mariti cum iure praelationis,* ita nempe vt etiam reliquis ratione temporis prioribus creditoribus

toribus hypothecariis praeferri debeat *b*). Haec hypotheca tacita incipit a *die illationis*, aut etiam a *die augmenti c*). Vxoris quidem *liberis d*), *non* autem *aliis heredibus e*), ficut nec *sponsae* hoc priuilegium dotis competit; 2) *intuitu paraphernorum a die illationis, et ex quo maritus administrationem et vsumfructum suscepit, mulieri competit tacita hypotheca*, sed absque iure praelationis *f*). Iure Brandenburgico *g*) autem differentia inter dotalia et paraphernalia cessat. 3) Ratione *fundi dotalis* ex Legis Iuliae dispositione specialis prohibitio obtinet, *vi cuius maritus nec dissentiente nec consentiente vxore* fundum dotalem *alienare* et *oppignorare potest h*). Et quum hac ratione vxor omni modo fecura sit reddita *fideiussores dotis seruandae caussa* a marito accipere nequit *i*), etiamsi maritus sponte eos offerat, bene autem *extraneus*, qui restitutionem dotis sibi stipulatus est, fideiussores accipere potest; 4) *si maritus ad inopiam vergitur, vxor et durante matrimonio dotem repetere potest k*), ita tamen, vsusfructus marito adhuc competat, et sola possessio et administratio vxori periculosa illi solum adimatur.

a) *tot. tit. D. solut. matrim. dos quemadm. restit.* Attamen defuncta muliere in matrimonio dos aduentitia apud maritum iure anteriori remanebat. VLP. *Fragm. tit.* 6. §. 4. *Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem reuertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet.* CORNVTVS *in* PERSIVM: *dos a ciue Romano data non patrio dicta nomine, si repudium non interuenerit, post mortem vxoris ad maritum pertinet. L.* 15. *D. de fund. dot.* Iure autem nouiori omnino heredibus restituenda est. *L. vn. C.* §. 6. *de rei vxor act. Illo procul dubio in ex stipulatu actione seruando, vt si decesserit mulier constante matrimonio, dos non*

non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, siue expressa fuerit, sie ex hac lege inesse intelligatur. Estor vom Rückfall des Heyrathsguts. (Ei. Kl. Schr. p. 215.).

b) L. 12. C. *qui pot. in pign. Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus, per quas suas dotes deperditas esse lugebant, et ab anterioribus creditoribus substantias maritorum decentas — §. 1. Ad haec omnia respicientes — sancimus, ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis priuilegio vallati. — Quis enim earum non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inuenta sunt priuilegia.* E. Tenzel Progr. *de fauore dotis*, Erf. 1724. C. G. Strecker Progr. *de fauore dotis*, Erf. 1738. H. C. Senckenberg Comm. *de iure ac priuil. dotium illatorumque in conc. creditorum tum in gen. tum in sp. quoad mulieres Iudaeas ad Ref. francof.* Giess. 1729. G. F. Scharlach *Obseruat. pract. de dotis priuilegio.* Hannov. 1798.

c) L. 8. C. *de iur. dot.* Nou. 97. c. 2.

d) Nou. 97. c. 1. F. G. Zoller Diss. *an liberis intuitu bonorum maternorum existente concursu in substantia patris cum hypotheca tacita et ius praelationis competat*, Lips. 1776.

e) L. vn. C. *de priuileg. dot. Scire debes, priuilegium dotis, quo mulieres vtuntur in actione de dote ad heredem non transire.* I. F. Olearius Diss. *de priuilegio dotis respectu heredis et cessionarii*, Lips. 1725. P. I. Feverlin Epist. *de priuilegio dotis sponsae competente*, Helmstad. 1772.

f) L. vlt. C. *de pact. conuent.* (§. 389. not. 6.).

g) Corp. Iur. Frid. P. IV. Tit. XII. §. 61.

h) pr. I. *quib. alien. lic. — interdicta sit alienatio, vel obligatio, et neutrum eorum, neque consentientibus mulieribus procedat,*

cedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiae earum conuerteretur. C. G. Strecker Diss. *de marito fundum dotalem alienante.* Erf. 1738.

i) *L. 2. C. de fideiuss. vel mand. dot. dent. — sancimus* (Iustin) *nullam esse satisdationem, vel mandatum pro dote exigendum vel a marito, vel a patre eius, vel ab omnibus, qui dotem suscipiunt. Si enim credendam mulier sese, suamque dotem patri mariti existimauit, quare fideiussor, vel alius intercessor exigitur, vt caussa perfidiae in connubio eorum generetur.* I. F. Eisenhart Diss. *de fideiussor. dotis,* Helmst. 1749. (Ei. *opusc. n. 2.*).

k) *L. 29. C. de iur. dot.* (§. 400. *not. f.*).

§. CCCXCV.

Cui restitutio fieri debet.

Restituenda dos vel est profectitia, vel aduentitia. Priori in casu vel pater dissoluto matrimonio adhuc viuit, vel non. Illo in casu *patri dos restitui debet a*), quoniam filia post dissolutum matrimonium in potestatem patriam recidebat, quae ratio quum hodie cesset, et filia maiorennis, si separatam oeconomiam instituere potest, a patria potestate liberetur, etiam dos in eo casu *vxori*, et ea praemortua, *liberis exstantibus* a quibusdam *b*) vindicatur, de quo posteriori tamen dubitari licet. Hoc in casu *dos etiam profectitia vxori eiusque heredibus restituenda est*, (§. *praec. not. a*) quod etiam obtinet, *si dos aduentitia est*, *neque extraneus restitutionem dotis sibi reseruauit.* Constante matrimonio neque a patre, neque ab alio dotem constituente, repeti potest, nisi maritus vxori alimenta necessaria non amplius suppeditare potest *c*) et vt a quibusdam, licet immerito, additur, si patrem aut fratrem inopem teneatur.

a) *L.*

a) *L.* 2. §. 12. *L.* 3. *L.* 22. §. 5. *D. solut. matr.* *L.* 6. *C. de iure dot. L. vn. C. de rei vxor. act.* — *Immo magis in huiusmodi dotibus, quae ab extraneis dantur vel promittuntur ipsa mulier fecisse videatur tacitam stipulationem, nisi expressim extraneus sibi dotem reddi pactus fuerit, vel stipulatus, cum donasse magis mulieri, quam sibi aliquod ius seruasse extraneus non stipulando videatur. Extraneum autem intelligimus omnem citra parentem per virilem sexum adscendentem, et in potestate dotatam personam non habentem. Parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus.*

b) Strube 3 Th. Bed. 19. E. A. G. *von dem* Busch Exerc. *qua dos profectitia, viuo patre liberis ex filia emancipata in matrimonio mortua superstitibus, iure communi vindicatur,* Goett. 1749. C. H. Breuning Diss. *an dos profectitia praemortua vxore extantibus liberis redeat ad patrem?* Lips. 1772.

c) *L.* 24. *pr. D. solut matr. Si constante matrimonio, propter inopiam mariti mulier agere volet, vnde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat exinde dotis exactionem competere, ex quo euidentissime apparuerit mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere.* D. Stavinski Diss. *de iure repetendi dotem constante matrimonio,* Hal. 1695. I. F. Wernher Diss. *de doti aliisque bonis constante matrimonio repetendis,* Viteb. 1728. C. F. Hauck Diss. *de vxore dotem constante matrimonio repetente,* Lips. 1757.

d) C. H. Breuning Diss. *an repetenda dos sit ob alimenta patri egenti praestanda,* Lips. 1767.

§. CCCXCVI.

Quid et quando restitui debet?

Dos restitui debet cum omni caussa, accessionibus a) et *fructibus* ante et post matrimonium solutum *perceptis b)*, et fructus vltimi anni pro rata temporis, quod mulier in matrimonio fuit diiuiduntur. *Restituendae* tamen sunt ab vxore *impensae necessariae*

necessariae, quae dotem ipsam minuunt, quarumque intuitu ius retentionis marito eiusque heredibus competit, (§. 156.) et *impensae vtiles*, actione mandati aut negotiorum gestorum et de in rem verso *absque iure retentionis c*), repetendae (§. 60. *not. a.*). *Voluptariae impensae* quae simul rem efficiunt pretiosiorem in quantum exinde vxor fit locupletior, *restituuntur*, alias vero solum tolli possunt, quatenus sine detrimento rei separari possunt. Res dotales immobiles *statim*, res vero mobiles vt et incorporales *intra annum* restitui debent, ita tamen vt mulier ex bonis dotalibus alimenta capiat *d*).

a) *L.* 10. §. 1. *D. de iur. dot.*

b) *L.* 7. *L.* 11. *L.* 31. §. *vlt. D. solut. matrim.*

c) *L. vn.* §. 5. *C. de rei vxor. act. Sed nec ob impensas in res dotis factas retentio nobis satis videtur esse idonea. Cum enim necessariae quidem expensae dotis minuant quantitatem, vtiles autem non aliter in rei vxoriae actionem detinebantur, nisi ex voluntate mulieris: non abs re est, si quidem mulieris voluntas intercedat, mandati actionem a nostra auctoritate marito contra vxorem indulgeri, quatenus possit per hanc, quod vtiliter impensum est, adseruari, vel si non intercedat mulieris voluntas, vtiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum aduersus eam sufficere actionem. Quod si voluptuariae sint, licet ex voluntate eius expensae, deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur: vt sit omnium retentionum expeditus tractatus, et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam, nullam accipiat retentionem.* add. *L.* 9. 10. *D. de impens. in rem dot. fact.*

d) *L. cit.* §. 7.

Tit. IV.

Tit. IV.

De actionibus ex cauſſa dotis.

§. CCCXCVII.

De ex ſtipulatu et rei vxoriae actione.

Quum dos per ſtipulationem conſtitui ſoleret, quae ſtipulatio *dotis dictio* dicebatur, etiam *marito actio ex ſtipulatu aduerſus dotem conſtituentem, ad dotem ex ſoluendam competebat. Mulieri* autem vt et *patri, rei vxoriae actio* dabatur aduerſus maritum ad dotem repetendam, *extraneus* vero ſolam *actionem ex ſtipulatu* habebat. Iuſtinianus vero *actionem rei vxoriae in actionem ex ſtipulatu de dote mutauit a*), ita tamen vt haec actio *b. f.* ſit, atque hypothecam tacitam et ius praelationis coniunctam habeat.

a) *L. vn. C. de rei vxor. act.*

Tit. V.

De lucro dotali et donatione propter nuptias.

§. CCCXCVIII.

Maritus dotem *lucratur* 1) *ſi matrimonium propter adulterium aut malitioſam deſertionem diſſoluitur* (§. .). 2) *ſi per pactum dotale lucrum dotis marito conſtitutum eſt,* quod fieri poteſt, modo

do inde vxor indotata non fiat (§. 262.). Praeterea in eo casu, si per pacta dotalia lucrum dotis marito constituitur, atque maritus dotem inde lucrari velit, in *compensationem et in remunerationem lucri dotalis* a marito constitui debet *donatio propter nuptias*. Sub *donatione propter nuptias* seu vt ante dicebatur, *ante nuptias a*), *quaecunque donatio* intelligebatur, *quae matrimonii contrahendi caussa a sponsis fiebat*, sed iure saltim Iustinianeo donatio propter nuptias non est nisi *illa liberalitas, quam maritus sub eadem conditione suspensiua in vxorem confert, sub qua lucrum dotis illatae in maritum collatum fuit b*). Conditio communis tam lucri dotalis, quam donationis propter nuptias est, *si morte vnius coniugis matrimonium dissoluitur*. Et quidem si *morte vxoris* dissoluitur matrimonium, *maritus donationem propter nuptias retinet, et dotem vxoris lucratur*, contra ea, si *maritus ante vxorem* moritur, *vxor repetit dotem marito illatam, simulque donationem propter nuptias ex bonis mariti exigit.* Matrimonio vero *per diuortium* dissoluto, et quidem per *voluntarium*, tam *lucrum dotale*, quam *donatio propter nuptias resoluitur*, in *necessario* autem diuortio et quidem, si *culpa vxoris* dissolutio contingit, *donatio propter nuptias resoluitur, et maritus dotem lucratur*. sin *culpa mariti* adest, *vxor dotem repetit, et donationem propter nuptias exigit*, ita tamen, vt si in vtroque casu *liberi exstent, his proprietas* aut dotis aut donationis propter nuptias, et *parentibus solus vsusfructus competat*, et quidem *matri tantum vsque dum ad secunda vota transeat*.

a) §. 3. *I. de donat. Est et aliud genus inter viuos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a iunioribus Diuis Principibus (L. 17. C.*

C. de don. ant. nupt.) *introductum est, quod ante nuptias vocabatur, et tacitam in se conditionem habebat, vt tunc ratum esset, quum matrimonium fuerit insecutum. Ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur, et nunquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem D. Iustinus pater noster, quum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale eueniret, etiam ante nuptias augeri donationem, constante matrimonio, sua constitutione* (L. 19. C. d. d. a. n.) *permisit. Sed tamen nomen inconueniens remanebat, quum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale incipiebat incrementum. Sed nos plenissime fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus,* (L. 20. C. eod.) *vt tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant: et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur et dotibus in hoc exaequeatur, vt quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et istae donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contractu augeantur et constituantur.*

b) *L. 9. C. de pact. conu. Ex morte cuiuscunque personae, siue mariti siue mulieris eandem partem — tam virum ex dote, quam mulierem ex ante nuptias donatione lucrari decernimus. — Hoc tamen obseruandum est, vt quantam partem mulier stipuletur sibi lucro cedere ex ante n. d tantam et maritus ex dote partem — stipuletur sibi, si constante matrimonio prior mulier in fata collapsa fuerit — L. 20. C. de don. ante nupt. — et ipsi quidem* (mariti) *dotis commoda lucrentur, vxores autem sine nuptiali remedio relinquantur — sancimus itaque omnes licentiam habere, siue priusquam matrimonia contraxerint, siue postea, donationes mulieribus dare propter dotis donationem ; vt non simpliciter donationes intelligantur, sed propter dotem, et propter nuptias factae. Nou. 2. c. 5. — et matrimonium morte viri soluatur, non est iustum omnino, mulierem dotem non dantem marito, ante nuptialem accipere donationem. Nou. 91. c. 2. Dos data donationem propter nuptias meretur. — At si per dilationem dos viro non detur, etiam donatio prorsus denegetur. Nou. 127. c. 2. Si vero dotalium instrumentorum parte et horum euentus parti viri concedant actionem*

actionem dotis aut eius partis, nullam eum habere iubemus actionem, si non donationem insinuauit in actis monumentorum, c. 3. Si qua amisso viro, alterius abstineat nuptiis, habere quidem eam vsum antenuptialis donationis, habere vero eam et proprietatis tantum, quantum filiorum quantitas, faciat, vt secundum proprietatis rationem vnius et ipsa filii personam obtinere videatur. Nou. Leon. 20. *Etenim vetustiores leges mox a coniugii coitione aequales esse collationes, tum muliebrem, tum virilem, et vt altero vita defuncto, quum nulli liberi superessent, nec pactum in quo quippiam de lucro significaretur, subesset, ex aequo ad vtrumque sua reuerterentur, constituerunt, si vero de lucro pactum initum esset, tunc vterumque vita excessisset, qui superstes esset, receptis rebus suis, insuper quantum pacto comprehensum esset, lucraretur, et in ambobus lucri aequalitas seruaretur: ita vt viro praemortuo mulier dotem propterque nuptias donationis partem aliquam, eamue totam, si ita conuenisset, asportaret, et si mulier ante virum in mortem incidisset, vir donationem propter nuptias conseruaret, illumque lucrum siue dos tota, siue eius pars, prout pacta vellent sequeretur.*

d) Veram hanc d. p. n. indolem primus exposuit, quem honoris caussa nomino, Vir Generosiss. C. A. V. a WINTERFELD Diss. *hist. Iur. ciuil. rom. de donationibus propter nuptias*, Trai. cis. Viadr. 1779. Vnus est ex antiquioribus, vt nunc video. I. FINESTRES de et a MONSALVO Tr. *de iure dotium lib. V.* Geruar. 1754. qui vera quodammodo vidit, quum p. 64. ait: *Praeterea, soluto matrimonio, vt mulier dotem, ita et vir donationem istam recipit; quibusque in casibusque in casibus maritus ex pacto dotem vel partem eius lucratur, ex iisdem etiam vxor donationem propter nuptias, vel partem illi respondentem.* C. F. SCHORCH Progr. *iurium donationis p. n romanae historice delineatorum*, Erf. 1800. C. GROLLMANN Diss. *de don. p. n.*

§. CCCXCIX.

Aliorum opiniones de d. p. n.

Vnde manifestum est, eos errare, qui 1) *donationem propter nuptias in solam securitatem do-*

tis constitui defendunt, quum tamen vxor iam ali ratione, nempe per hypothecam tacitam cum iure praelationis coniunctam (§. 394.) maiorem securitatem acceperit, aut qui 2) *eam in securitatem et remunerationem dotis fieri contendunt b*), quum non solum vaga sit determinatio, sed etiam falsa propterea, quod ita mulier indotata fieret, aut 3) qui putant *c*), *eandem eam ob caussam introductam esse, vt inde vxor, si maritus ad inopiam redigeretur, alimenta pro se suisque liberis desumere possit*, aut 4) qui *donationem propter nuptias fuisse dotem mariti* defendunt *d*) quum nullum vestigium de dote maritali inuenire liceat, aut 5) qui *donationem p. n. quidem exsistentibus liberis vxori* adsignant, *non vero si nulli liberi adsint e*), aut denique 6) qui *donationem ante nuptias ante Iustinianum diuersam fuisse a donatione propter nuptias Iustinianea f*), quum tamen eandem donationem, quae antea ante nuptias dicebatur, Iustinianus dicat donationem propter nuptias.

a) Quae sententia est CARPZOVII, WESTENBERGII, SCHAVMBVRGII, LAVTERBACHII Diss. *de donationibus propter nuptias*, Tub. 635. et inter alios I. G. SAMMETI Diss. *de hypobolo*, Lips. 1746. (Ei. *opusc. n.* 1.).

b) Vt putat LVDOVICI aliique.

c) I. G. HEINECCIVS Diss. *qua vxor romana per p. n. donationem de alimentis secura tantum*, Hal. 1740. (Ei. *opusc. n.* .).

d) I. RAVE Diss. *de vera indole donat. p. n. romana* Ien. 1762.

e) Quae opinio est PVFF. *Obs. Tom.* II. n. 39.

f) Vi

f) Vt opinatur LOBETHAN. Eherechtsg. p. 134. *de* LUDEWIG Diss. *Diss. I. R. et G. in dote et don. p. n.* Hal. 1721.

§. CCCC.

De hac donatione propter nuptias sequentes notari merentur propositiones, 1) *ea semper praeponit* non solum *dotis illationem*, sed etiam *lucrum dotale constitutum*, adeoque *non semper quaecunque vxor dotem inferens exigere valet donationem propter nuptias a*), 2) *absque dote et absque matrimonio nulla subsistit donatio p. n.*, 3) constitui potest tam *ante* quam *post matrimonium*, et *irreuocabilis est*, licet aliae donationes inter virum et vxorem per mortem demum donantis confirmentur, 4) donatio propter nuptias *lucro dotali aequalis b*) *esse debet*, *neque maritus dotem lucrari potest c*) *nisi constituta donatione propter nuptias*, 5) *donatio propter nuptias iudicialiter insinuanda est*, ita tamen vt omissio iudicialis insinuationis mulieri non noceat *d*), sed tantum maritus a sua parte iacturam lucri dotalis sentit, 6) *durante matrimonio vxor iure dominii rerum propter nuptias donatarum non gaudet e*), bene vero post matrimonium solutum, si liberi non exstant (§. 298.), attamen et huius d. p. n. intuitu *vxor actionem realem habet*, hypotheca tacita gaudet, *alienatam rem donatam vindicat*, et *marito in inopiam collapso*, *d. p. n. vna cum dote repetit f*).

a) Quod defendit LEYSER Spec. 305. *de don. p. n.* propter *auth. Dos data C. de don. a. n. Dos data donationem propter nuptias meretur, at si per dilationem dos viro non detur, etiam donatio prorsus denegetur*, sed partim auth. cum originali *Nou.* 91. c. 2. non conuenit, partim *datio* idem h. l. est ac *donatio*, seu *lucri constitutio*.

b) *L. 20. C. de donat. ante nupt. Nou. 97. c. et tantam quidem quantitatem conscribere virum, quantam et mulierem: tantum quoque lucrum stipulari, et ex tanta parte, ex quanta voluerint, aequalis tamen mensurae.*

c) *Nou. 91. c. 2. Primum quidem illud sancimus, ne aliqua fiat circumscriptio, siue augere voluerit dotem, aut propter nuptias donationem non licere alii quidem facere, alii autem in prioribus manere, sed vtrumque celebrare omnino augmentum, et non in electione — sed in necessitate causam consistere omnino tamen quantitate aequali.* — Inconcinne satis a DD. contenditur constituta dote etiam d. p. n. esse a marito constituendam. Ita enim marito inopi dos constitui non posset.

d) Necessitatem iudicialis insinuationis primum remisit Iustinianus *Nou.* 119. *c.* 1. sed postea eam exegit *Nou.* 127. — *Si vero dotalium pacta et horum euentui parti viri concedunt actionem dotis aut etiam eius partis, nullam eum habere iubemus actionem, si non don. insinuauit in actis monumentorum.*

e) I. F. Olearius Diss. *de dominio mulieris in rebus propter nuptias donatis*, Lips. 1797. T. I. Reinhardi Diss. *de vxore in d. p. n. neque dominium neque hypoth. tacitam habente*, Erf. 1729.

f) *L. 29. C. de iur. dot. Vbi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus et mulier sibi prospicere velit — resque sibi suppositas pro dote et ante nuptias donatione, et rebus extra dotem constitutis tenere, non obesse ei matrimonium adhuc constitutum sancimus, sed ita posse easdem res vindicare vel a creditoribus posterioribus, vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere nascuntur, vt potuisset si matrimonium eo modo dissolutum esset, quo dotis et a. n. d. exactio ei competere poterat, ita tamen vt eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi viuente marito, et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum tam ad sui quam mariti filiorumque si quos habet, abutatur — ipsis etiam marito et vxore post matrimonii dissolutionem super dote et a. n. d. pro dotalium instrumentorum tenore suo iure potituris.* I. I. Homberg Diss. *de vxore vigilanti sive ad L. 29. C. de iur. dot.* Marb. 1690.

MEMBRVM V.
De iure pignoris.

Tit. I.
De indole iuris pignoris et hypothecae.

§. CCCCI.

De diuiſionibus pignoris.

Pignus vel *obiectiue* ſumitur vel *ſubiectiue*. Priori in caſu *pignus* denotat *rem ipſam oppignoratam*. Poſteriori vero ſignificat *ius pignoris*, quod aut *perſonale* ſeu ex contractu pignoratitio oriundum (§. 226.) aut *reale* eſſe poteſt. Poſterius aut *ius pignoris in ſpecie tale* (Handhabend Pfand, Fauſtpfand) aut *ius hypothecae* eſt *a*), prout vel poſſeſſio rei oppignoratae ſiue mobilis ſiue immobilis (§. *cit.*) in creditorem translata eſt, vel non. Pignus ſeu ius pignoris reale in genere ſi 1) ratione *cauſſae efficientis* ſpectatur, vel

A) eſt *voluntarium*, et hoc

a) vel eſt *teſtamentarium*

b) vel *conuentionale b*)

1) vel *publicum c*)

a) *publicum in ſp.*

α) *in tabulatum* ſ. *in groſſatum*

β) *iudiciale tantum*

b) *qua-*

b) *quasi publicum d)*

2) vel *priuatum*

B) *necessarium*

a) per praescriptionem *e)*

b) ex immediata legis sanctione s. *pignus tacitum*

c) iudicis decreto

1) *praetorium*, contumacia rei coercendae gratia *f)*

2) *iudiciale in sp.* sententiae condemnatoriae exequendae ergo, *g)*

a) I. H. Boehmer Diss. *de diuerso pignoris et hypothecae iure*, Hal. 1718. (Ei. *Exerc. T. III. p.* 802.). G. H. Ayrer Diss. *de I. R. et G. differ. circa pignora*, Goett. 1742. E. C. Westphal Vers. einer syst. Erläut. der R. Gesetze vom Pfandrecht. Leipz. 1770. I. H. C. Erxleben *Princ. de iure pignorum et hypothecarum*, Goett. 1774.

b) I. N. Hertius Diss. *de pignore conuentionali tacito*, Giess. (Ei. *opusc. Vol. II. Tit. III. n.* 16.). A. D. Weber Beytr. z. d. Lehre v. stillschw. conventional Pfandr. Schwer. 1783.

c) F. C. Harpprecht Diss. *de pignore publico*, Tub. 1713. (Ei. *Differtt. Vol. I. n.* 27.). G. Schweder Diss. *de auctoritate publica ad pignoris seu hypothecae publicae constitutionem necessaria*, ib. 1716. A. a Leyser Spec. 230.

d) *L.* 11. *C. qui pot. in pign.*

e) Der Erwerb des Pfandrechts durch die Verjährung erwogen von E. G. Schmidt, 1788.

f) F. Aleff Diss. *de pignore praetorio ex fonte I. R. deducto et ad praxin Palatinam adplicato*, Heidelb. 1739. (Ei. *Differt.*). L. G. Schroeder Opusc. *de natura et*

et effectibus pignoris praet. atque iudicialis, cum ex sententiis I. R. sum ex doctrina pragmaticorum, Marb. 1751.

g) C. G. Kuestner Diss. I. *de ritu pignorum capiendorum apud veteres Romanos,* Lips. 1741. Diss. II. ib. 1743. Eiusd. Diss. *pignus in caussa iudicati captum,* ib. 1744.

§. CCCCII.

Si 2) ratione sui *obiecti* consideratur pignus vel ita est comparatum, vt solum rem singularem aut res vnius et eiusdem generis, vel plures res diuersi generis comprehendat. Priori in casu est *pignus speciale*, posteriori vero *pignus generale*, quod vel omnia bona debitoris tam praesentia quam futura, tam mobilia quam immobilia (alle fahrende und liegende Hab und Guth, jetziges und zukünftiges Vermögen) comprehendit, vel non. Si illud dicitur *pignus absolute generale*, sin posterius *secundum quid generale* nominari solet. *In dubio pignus absolute generale obtinet a)*, adeo vt ad pignus secundum quid generale specialis conuentio et expressio requiratur. Non vero generali hypotheca bonorum continentur, *quae a debitore oppignorari non potuerunt*, aut *de quibus verisimile est, quemquam ea specialiter obligaturum non fuisse b)*, nisi alia bona deficiunt. *In vniuersitate rerum oppignorata etiam capita in locum demortuorum surrogata oppignorata censentur c).*

a) L. 9. C. *quae res pign. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conseruandam contrahentium voluntatem sancimus, vt si res suas supponere dixerit, non adiecto,* t a m p r a e s e n t e s q u a m f u t u r a s, *ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producatur.* I. N. Hertius Diss. *de differentiis pignoris generalis et specialis,* Giess. 1698. (Ei. opusc. Vol. I. III.). I. D. Wordenhoff Diss. *de concursu et collisione vtriusque hypothecae tum generalis tum spe-* cia-

cialis, Trai. ad Rh. 1752. (Oelr. *Thes. nou. Vol.* I *T. II. n.* 11.)

b) *L. 6. D. de pign. Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusue sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemqnam specialiter obligaturum non fuisse, vtputa supellex, item vestis relinquenda est debitori* — *L. 7. vel quae in vsum quotidianum habentur* — *L. 9. §. 1. Quod emtionem venditionemque recipit etiam pignorationem recipit.*

c) *L.* 13. *D. eod. Grege pignori obligato quae postea nascuntur, tenentur, sed et si, prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renouatus, pignori tenebitur*, add. *L.* 14. 15. 34. *eod.*

§. CCCCIII.

De pignore necessario.

Pignus Praetorium non erat nisi *poena*, *quia res vtensiles ab iis*, *qui Praetori ius dicenti non obtemperant*, *iussu eius auferuntur a*), et hoc pignus Praetorium in rebus mobilibus per *captionem pignorum* (§. 401. *not. f*) fiebat, in rebus autem immobilibus per *missionem in possessionem.* Missio in possessionem rerum *contumacis b*) operabatur *custodiam et pignus*, vt inde debitor contumax adigeretur, obligationem suam adimplendi, deinde autem, si debitor in contumacia permaneret, fraudandi animo latere credebatur, et missio in possessionem *creditori ius tribuit*, si actio *personalis* est, *rem captam et traditam distrahendi*, si vero actio realis instituta est, *dominum tamdiu creditori tribuebat*, donec alter melius doceat *c*). Vnde in schola ICtorum *missio ex primo* et ex *secundo decreto* dici solet. Hodie magis sententiae condemnatoriae exsequendae caussa et post rem iudicatam creditores in bona mittuntur, quam contumaciae coercendae caussa, neque tam dominium, et actua-

actualem bonorum possessionem, quam pignus *d*) iudiciale et *facultatem pignora capta et bona* tradita *sub hasta vendendi* misso tribuit.

a) *L.* 2. *D. quib. ex causs. in poss. Praetor ait: in bona eius, qui iudicio sistendi caussa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defenderetur iri iubeo.* § 1. *Potestatem autem sui non fecit, qui id agit, ne aduersarius eius, copiam sui habeat: ergo latitantis bona iubet possideri.*

b) *L.* 7. *D. eod. Praetor ait: Qui fraudationis caussa latitat, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri, vendique iubebo.* add. *L.* 6. *pr. L.* 7. §. 16. *L.* 9. *C. eod. L.* 10. *D. de V. S. L.* 3. §. *vlt. D. de adq. vel am. poss. L.* 26. *pr. D. de pign. act.*

c) *L.* 15. §. 16. *D. de damn. inf. Iulianus scribit, eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere, per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore dominus constituatur.* P. *ab* Evben Diss. *de missione in possessionem maxime ex primo et secundo decreto.* Giess. 1663. E. T. Mayer Diss. *de missione in b. p. ex primo et secundo decreto.* ib. 1712.

d) *Corp. Iur. Frid. P.* 4. *tit.* 12. §. 90.

§. CCCCIV.

Quae res oppignorari possunt?

Generaliter omnes res, *quae vendi possunt, etiam oppignorari possunt* (§. 402. *not. b.*). Nam licet oppignoratio alienationem proprie talem (§. 116.) non inuoluat, aditum tamen parat ad alienationem, et vltimus effectus oppignorationis est alienatio. *Res aliena* igitur *in praeiudicium domini oppignorari* atque alienari nequit, quamuis, inter debitorem et creditorem eiusmodi oppignoratio valeat (§. 228.). Neque adeo *rerum commercio exemtarum oppignoratio*, v. c. liberi hominis, rerum

rum sacrarum, et religiosarum, *valere potest.* Sed et specialiter oppignorationi eximuntur: 1) *arma militum a)*, quae scil. militibus propria sunt, et quandoque legibus prouincialibus, *res studiosorum*, 2) *instrumenta rusticorum ad agriculturam necessaria b)*, 3) *seruitutes praediorum vrbanorum c)*, sed seruitutes praediorum rusticorum vicino oppignorari possunt. 4) *Fundus dotalis* (§. 394.).

a) *L.* 14. §. 1. *D. de re milit.* I. P. Streit Progr. *de rebus quae pignori dari possunt*, Erf. 1722. L. E. Daendels Diss. *de rebus quae pignori vel hypothecae datae obligari non possunt*, Vltrai. 1727.

b) *L.* 7. *et* 8. *et auth. Agricultores C. quae res pign.* A. P. Frick Diss. *de aratrorum sanctitate*, Helmst. 1759. 1761. A. B Carpzov Diss. *de praecipuis rusticorum priuilegiis*, Lips. 1678.

c) *L.* 11. §. 2. *de pignorib. Vsusfructus an possit pignori hypothecaeue dari quaesitum est, — et scribit Papinianus — tuendum creditorem —* §. 3. *Iura praediorum vrbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec conuenire possunt, vt hypothecae sint* L. 12. *Sed an viae, itineris, actus, aquae ductus, pignoris conuentio locum habeat, videndum esse Pomponius ait: vt talis pactio fiat, vt quamdiu pecunia soluta non sit, eis seruitutibus creditor vtatur, scil. si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter vtilitatem contrahentium admittenda est.* P. Wasmuth Diss. *de oppignoratione seruitutum*, Ling. 1743.

§. CCCCV.

In quibus caussis pignus vel hypotheca tacite contrahitur?

Pignus tacitum, seu *legale* (stillschweigendes Unterpfand), (§. 401.) I. Generale i. e. in omnia bona debitoris, et quidem A) *absolute generale*

nerale habent, 1) *omnes illi, qui propter aetatis, ſanae mentis et bonae adminiſtrationis defectum in tutela atque curatione aliorum ſunt, in bona* non ſolum *tutoris b)* cuiuscunque generis, ſed etiam *in bonis vitrici c)*, cui mater ante depoſitam tutelam nupſit, 2) *liberi peculium aduentitium et militare habentes in bona patris d) peculia haec adminiſtrantis,* 3) *vxor ratione bonorum dotalium in bona mariti*, ſi is dotem accepit, 4) *vxor ratione bonorum paraphernalium, ſi maritus adminiſtrationem eorum habuit* (§. 394.) 5) *maritus e)* ratione *dotis ab eo conſequendae* qui aut dotem promiſit, aut ad eam conſtituendam ipſo iure obligatus eſt (§. 393.) 6) *fiſcus* tam *ipſius reipublicae* quam *ciuitatum f) in bonis adminiſtratorum,* quibus et *primipili* adnumerantur a momento ſuſceptae adminiſtrationis, *fiſcus in bonis eorum, qui tributa, onera publica, collectas vel ex contractu aliquid debent g)* In *praxi* etiam 8) *eccleſiis* et *piis corporibus h)* hypotheca haec tacita tribuitur *in bonis adminiſtratorum,* non vero in bonis eorum, quibuscum contraxerunt, neque propter praeſtationes debitas. B) *Secundum quid generale* habent 1) *fiſcus in bonis poſt contractum quaeſitis debitorum ſuorum, qui ex eiusmodi contractu valide inito fiſco aliquid debent i)*. 2) *Legatarii* atque *fideicommiſſarii* in *omnia bona defuncti, ad heredem deuoluta, legati aut fideicommiſſi conſequendi cauſſa* (§. 674.) 3) *locatori praedii vrbani k)* in *rebus inquilini eo animo, vt ibi ſint, in praedium conductum inuectis*, et *illatis, pro mercede et praeſtationibus ex contractu locationis oriundis*; immo certa ratione etiam hoc pignus tacitum in *ſubconductoris l)* bonis competit. 4) *Vxor in omnibus rebus a marito propter nuptias ei donatis* (§. 400. *not. f*).

a) F.

a) F. C. Harpprecht Diss. *trutina pignorum XX. tacitorum vel in dubio spuriorum vel summe dubiorum,* Tub. 1705. (Ei. *Dissertt. Vol. I. n.* 28.) I. T. Schorre (Praes. I. T. Seger Diss.) *Historia iur. civ. de pignoribus tacite contractis,* Lips. 1772.

b) *L.* 20. *C. de administr. tut. L. fin.* §. 5. *et* 6. *C. de curat. furios.* H. Brockes Diss. *de pignore tacito pupillis a tempore delatae tutelae simpliciter competente,* Vit. 1741.

c) *L. 6. C. in quib. causs. pign. vel hyp. tac. contr.*

d) *L.* 6. §. *vlt. C. de bon. quae lib. L.* 8. §. *vlt. C. de sec. nupt.* I. Wieger Diss. *de iure pignoris quoad filiorumf. pecul aduent regulare,* Arg. 1740. (Eiusd. Diss. *de iure pignoris quoad filiorumf. speciatim horum peculium castrense,* ib. eod. (Eiusd. Diss. *de iure pignoris quoad filiorumf. pecul. aduent. extraord.* ib. 1711. I. A. Hellfeldt Diss. *de diuerso pignoris iure liberis in parentum bonis competente,* Ien. 1754.

e) *L. vn. C. de rei vxor act. — ita et in huiusmodi actione damus ex vtroque latere hypothecam sine ex parte mariti pro restitutione dotis, siue ex parte mulieris pro ipsa dote praestanda, vel rebus dotalibus euictis — et dos siue aduentitia siue profectitia sit. —*

f) *L.* 1. 2. *C. in quib. causs. pign. L.* 4. *C. quo quisq. ord. conuen.* Leyser Spec. 227. *de pignore tacito in bonis administratoris publici,* v. Quistorp Bemerk. 1. Th. n. 53.

g) *L.* 1. 2. *C. in quib. causs. L.* 1. *C. si propter publ. pens.*

h) *a* Leyser Spec. 228. *de pign. tac. eccles. et pior. locor.*

i) *L.* 28. *D. de iur. fisc. L.* 2. *C. in quib. causs.* I. A. Hellfeldt Diss. *de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum adquisitis,* Ien. 1771.

k) *L.* 4. *D. in quib. causs. Eo iure vtimur, vt quae in praedia vrbana inducta, illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite conuenerit, in rusticis praediis contra obseruatur.* §. 1. *stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest. Et quidem vrbanorum sine dubio non sunt, cum a ceteris aedificiis separata sint. Quod a caussam tamen talis taciti pignoris pertinet*

tinet, non multum ab vrbanis praediis differunt. L. 7. §. 1. *eod. Videndum est re non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae vt ibi sint, illata fuerint pignori sint, quod magis est.* add. L. 2. 3. D. L. vlt C. eod. L. 32. D. de pignor. L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign. Corp. Iur. Fr. P. 4. tit. 12. §. 48. G. H. BRVECKNER Diss. *de tac. pign. in rebus conductoris illatis*, Ien. 1704.

l) L. 11. §. 5. D. *de pignerat. act.* C. H. BREVNING Diss. *vtrum locatori an subloc. competat hypoth. tac. in illatis bonis subcond.* Lips. 1771.

§. CCCCVI.

II. SPECIALE *pignus tacitum* habent 1) *pupilli a*) in *rebus eorum pecunia emtis* (§. 342.) 2) *creditor, qui ad refectionem domus b*) *aut alius cuiusdam rei pecuniam in refectionem vere impensam, materiam*, aut *mercedem operarum credidit*, in *re adhuc exstante*, non autem is, qui ad rem emendam, aut ad rem de nouo aedificandam pecuniam subministrauit *c*), quod posterius tamen Iure Brandenburgico omnino obtinet, 3) *locator praedii rustici* in *fructibus ex ipso praedio locato perceptis* et *penes conductorem adhuc exsistentibus.* Addunt *eos, quibus ex certo praedio annui reditus debentur*, sed argumentum ex lege *e*) non procedit, quum lex de diuersis plane loquatur, et in his priuilegiis et exceptionibus nulla admittenda sit extensio, etiamsi comparatio locum habere posset.

a) L. 7. pr. *qui pot. in pign.* L. 3. pr. D. *de reb. eor. qui sub tut.*

b) L. 1. D. *in quib. causs. Scto, quod sub Marco Imp. factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori, domino mandante nummos ministrauit,* L. 24. D. *de reb. auct. iud. poss.* Corp. Iur. Fr. l. c. §. 76. 77.

c) L.

c) *L. 17. C. de pign. L. 7. C. qui pot. in pign. Nov. 136. c. 3.*

d) *L. 7. D. in quib. cauff. In praediis rusticis fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non conuenerit*, add. *L. 5. C. eod. L. 5. C. de loc. cond.* A. D. Weber über den rechten Sinn des *L. 5. C. de l. c.* Rost. 1782.

e) *L. 2. §. 1. D. de alim vel. cib. legat. Et licet ad fiscum bona fuerint deuoluta ex quibus alimenta debeantur praestanda sunt, sicuti si ad quemlibet successorem transiissent.*

§. CCCCVII.

Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

Si vna eademque res pro diuersis debitis pluribus oppignorata est, quaestio oritur, *cui in collisione pignoris prior locus debeatur?* In qua quaestione regula obtinet: *in pluribus pignoribus eiusdem generis* et *qualitatis, semper prior de tempore potior est de iure a)*, adeo vt nec possessor in hac re praeferatur illi, qui prioritatem temporis pro se allegare potest, quoniam par caussa non adest, vnde *possessor pignus ad massam concursus tradere debet b)*, eum in finem, vt prioribus creditoribus inde satis fiat. *Iure vero Brandenburgico c)* possessor rei mobilis tempore licet posterior, *praefertur priori creditori*, cui haec res inter ceteras obligata est. Praeterea autem pignora *publica praeferuntur priuatis*, et iure germanico *publica ingrossata, publicis non intabulatis; pignora* autem *tacita cum pignoribus publicis* seu *iudicialibus eodem iure fruuntur d)*. De reliquo iure praelationis hypothecarum quum non ex indole hypothecarum, sed potius ex priuilegio personali descendat, dicemus in theoria de concursu creditorum. Posterior

cre

creditor hypothecarius in prioris locum succedit, si ille huic siue volenti siue nolenti pecuniam soluit, vel in casu recusatae acceptationis iudicialiter deponit, quod ius vocatur *ius offerendi e)*. Effectus huius iuris offerendi sunt, vt posterior priori, etiam absque cessione in eius locum succedat, suumque ius prioritate prioris creditoris magis confirmet, ita tamen vt ex persona solum eius aestimari possit, cuius in locum successit, non autem suum debitum proprium in locum priorem substituere potest.

a) *L.* 12. *§. vlt. D. qui pot. in pign. Nam et in pignore placet, si prior conuenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem,* add. *L. eod. L.* 15. *§.* 5. *D. de re iud. Corp. Iur. Frid. P. IV. tit.* 12. *§.* 52. *a* LEYSER Spec. 231.

b) I. F. HESSE Diss. *de creditore pignus ad massam concursus ante crediti solutionem conferre obligato,* Goett. 1769.

c) *Corp. Iur. Frid. Lib.* 1. *P. IV. tit.* 12. *§.* 46.

d) I. A. HELLFELD Diss *de praerogatiua hypothecae publicae tacitae aeque ac expressae competente,* Ien. 1771. E. L. SOELDNER Diss. *de hypothecis tacitis, iudicialibus seu registratis haud post ponendis,* Helmst. 1786. I. ENGELHARD Diss. *de hypothecarum publicarum tacitarum et iudicialium concurrentium ordine in conc. credd.* Erf. 1796.

e) *L.* 11. *§.* 4. *D. qui pot. in pign. Si paratus est posterior creditor priori creditori soluere, quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio nolente priore creditore pecuniam accipere. Et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia soluatur.* add. *L.* 12. *§.* 6. *D. L.* 5. *C. eod. L.* 1. 3 *D. de his, qui in prior. loc. L.* 12. *C. de pign.* H. COCCEIVS Diss. *de iure offerendi,* Heidelb. 1678. (Ei. *Exerc. curios. T. I. n.* 27.) T. S. RING Diss. *de iure offerendi posterioribus hypothecariis contra priores competente,* Frf. 1700 P. F. BRICKNER Diss. *praecipua commoda ex iure offerendi credit. hypothecariis secundis aduersus priores competentia,* Alt. 1780.

Tit. II.

Tit. II.

De *iuribus creditoris in pignore et de distractione pignorum.*

§. CCCCVIII.

Creditor in pignore 1) *ius reale habet*, adeoque non solum illud persequi potest contra tertium rei possessorem, sed et *aduersus ipsum dominum*, 2) in *instrumento oppignorato a*) etiam *res*, de quibus instrumenta loquuntur, *obligatae censentur*, adeoque *nomine* seu *chirographo oppignorato* ius competit creditori pignoratitio *aduersus debitorem debitoris sui agendi*, 3) *ius suum pignoris in alium transferre*, adeoque et *vlterius* eatenus licite *oppignorare* potest *b*), *quatenus suum ius durat*, et vsque ad *eam summam*, *quam credidit c*), quibus vero solutis ius quoque secundi creditoris pignoratitii cessat: 4) *iusto tempore pignus distrahere* seu *alienare potest. Iustum tempus* aestimatur ex *mora debitoris*, quae vel ex die seu conuentione, vel ex lege vel ex interpellatione *c*) oritur (§. 125.). Si quaeritur, *an facta interpellatione denunciatio de distractione pignoris facienda debitori a creditore fieri debeat?* tenendum *d*): 1) si conuentio adiecta est, *vt vendatur*, denunciatione *nulla opus est*, 2) si conuentum: *ne vendatur*, illud quidem pactum facultatem alienandi creditori non adimit, attamen *trina per congrua interualla praecedere debet denunciatio*, 3) si denique *nihil plane conuenit*, *semel id testato denunciandum debitori* et *biennium* exspectandum est. Iure hodierno et maxime Brandenburgico *f*) distractio pignorum extraiudicialis inuito

uito debitore non admittitur, ne quis fibi ipfi ius dicere poffit. Vendit autem creditor pignus *non fuo* fed *debitoris fui nomine*, 1) *euictionem non praeftat g*) et 2) fi pretium pignoris creditum excedit, *fuperfluum debitori reftituere debet*, id quod ὑπεροχὰ *h*) nominatur, 3) *debitor pignus venditum ab emtore redimere nequit i*).

a) *L.* 2. *C. quae res pign. Cum conftet, pignus confenfu contrahi: non dubitamus, eum, qui emtiones agrorum fuorum pignori pofuit, de ipfis agris obligandis cogitaffe. L.* 4. *eod. Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et fpecialiter poffe, iam pridem placuit. Quare fi debitor is fatis non fecerit, cui tu credidifti, ille, cuius nomen tibi pignori datum eft, nifi ei, cui debuit, foluit, nondum certior a te de obligatione tua factus, vtilibus actionibus fatis tibi facere vsque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaueris, compelletur; quatenus tamen ipfe debet.*

b) H. F. SCHORCH Progr. *num pignus in fecuritatem crediti creditori traditum ab hoc iterum alii oppignorari valide queat*, Erf. 1745.

c) *L.* 4. *C. quae pign.*

d) *L.* 23. *D. de O. et A. L.* 12. *C. de commit. ftipul.*

e) §. 1. *I. quib. alien. lic. L.* 8. 11. *et vlt. D. L.* 6. 7. 8. *C. de diftr. pign.* I. H. BERGER Diff. *de diftrahendi pignoris iure*, Lipf. 1682. (Ei. *felect. Differt. p.* 1.). I. WIEGER Diff. *de pignoris diftrahendi facultate et modis*, Arg. 1765. A. *a* LEYSER Spec. 232.

f) Edikt v. 13. März 1787.

g) *L.* 50. *D. de euict. tot. tit. C. credit. euict. pign. non debere.*

h) *L.* 8. *D. de diftr. pign. L.* 24. §. 2. *de pign. act. L.* 31. §. *f. D. de re ind.* C. P. RICHTER Diff. *de hyperocha feu de eo quod amplius eft in pignore*, Ien. 1668.

i) *L.* 5. 6. 18. *C. de diftr. pig. L.* 1. 2. 3. *C. fi aut cred.*

Tit. III.

Quibus modis pignus vel hypotheca soluitur.

§. CCCCIX.

Pignus *soluitur a*) 1) *debito*, cuius intuitu pignus competebat, aut *per solutionem* aut *per praescriptionem b*) (§. 229.) *exstincto*. Si plures res in complexu et simul oppignoratae sunt, totum debitum pignoratitium solutum esse debet, neque debitor pro parte solum soluens quasdam res repetere potest *c*). Debito pignoratitio quidem exstincto *retentio pignoris propter debitum chirographarium* licita est, (§. 156.) modo ante exstinctionem debiti pignoratitii iam debitum personale adfuerit *d*). In *totum debitum* et obligatio tollitur. Cessat vero ius pignoris *saluo debito* 2) *per remissionem pignoris* aut *expressam*, aut *tacitam*. Quoad *posteriorem* ea fit, α) *si creditor pignus in specie* aut *peculiare instrumentum hypothecam continens debitori* animo remittendi *reddidit*, β) *si in plenariam alienationem pignoris* absque reseruatione *consentit f*), γ) *si consentit in vlteriorem oppignorationem g*), et quidem si *indefinite* consentit, *totum ius suum pignoris*, sin *cum reseruatione* pignoris sibi competentis, *locum solum suum priorem cessisse intelligitur*, δ) *si creditores pignoratitii ad prouocationem iudicis subhastantis non comparuerunt* et *hypothecas non professi sunt*, quoniam per subhastationem hypothecae exstinguuntur *h*), ε) *si loco pignoris fideiussores creditor acceperit i*), 3) *per interitum rei obligatae totalem*, aut si *mutatio rem ita mutat, vt plane nouam speciem efficiat k*), 4) *per resolu-*

tum

tum ius constituentis l), 5) *lapsu temporis m*) *ad quod constitutio facta est*, 6) *praescriptione* et quidem *tertius* rei oppignoratae possessor, qui requisita vsucapionis nouae habet (§. 336.), *ordinario tempore*, et in defectu requisitorum, *XXX. annis*, *debitor* vero eiusque heres *XL. praescribit n*).

a) *a* Leyser Spec. 233. *de dissolutione pignorum.*

b) L. C. Schroeder Pr. *an actio hypothecaria adhuc creditori aduersus debitorem pignus possidentem, sit salua, postquam obligatio personalis fuit per praescriptionem extracta*, Marb. 1750.

c) *L.* 19. *D. de pign. Qui pignori plures res accepit, non cogitur vnam liberare, nisi accepto vniuerso, quantum debetur.* add. tit. *C. de luit. pign.*

d) I. C. Feverlin Diss. *de illegitimis quibusdam pignora ac hypoth. constituendi, retinendique modis*, Alt. 1748. C. L. Crell Diss. *de retentione hypoth. ob nouum debitum non permissa*, Vit. 1750.

e) F. C. Harpprecht Diss. *de tacito pacto remissorio ex redditione pignoris praesumto*, Tub. 1703. (Ei. *Dissert. Vol.* . *n.* 30.). C. Thomasivs Diss. *de remissione tacita per acceptionem chirographi noui*, Hal. 1716.

f) *L.* 7. 12. *D. quib. mod. pign. L.* 4. *C. de remiss. pign.* A. *a* Leyser Spec. 235 C. Thomasivs Diss. *de remissione pignoris vel hypothecae per remissionem debiti et consensum in alienationem rei*, Hal. 1713.

g) *L.* 12. *D. quib. mod. pig. Paulus respondit: Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, ius suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum eius successisse, et ideo medii creditoris meliorem caussam effectam. L.* 12. §. 4. *D. qui pot. in pign. Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit. Pecunia autem soluta secundo, an rursus teneatur tibi, recte quaeritur. Erit autem facti quaestio agitanda quid inter eos actum sit, vtrum vt discedatur ab hypotheca in totum, cum prior*

prior concessit creditor, alii obligari hypothecam, an vt ordo seruetur, et prior creditor secundo loco constituatur. C. Thomasius Diss. *de remissione pignoris tacita per consensum in nouam oppignorationem*, Hal. 1715. F. G. Zoller Diss. *de consensu creditoris in vlteriorem oppignorationem fundi, remissionem pignoris inuoluente*, Lips. 1771.

h) *L.* 6. 8. *C. de remiss. pign.* a Leyser Spec. 236.

i) *L.* 5. 2. *D. quib. mod. pign. vel hyp. solu.*

k) *L.* 8 *D. eod. Sicut re corporali exstincta, ita et vsufructu exstincto pignus hypothecane perit. Si res hypothecae data postea mutata fuerit, aeque hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horto facta. L.* 18. §. 3. *de pign. act. Si quis cauerit, vt silua sibi pignori esset, nauem ex materia factam non esse pignoris Cassius ait — L.* 21. *eod. Domo pignori data et area eius tenebitur. Est enim pars eius, et contra ius soli sequetur aedificium.* I. S. Hering Diss. *de iure pignoris perdurante domo exusta, ad L.* 29. *D. de pignor. et L.* 21. *D. de pign. act.* Sedin. 1723.

l) I. P. Trummer Diss. *de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis*, Lips. 1741.

m) a Leyser Spec. C. H. Breuning Diss. *an hypotheca expressa lapsu temporis exstincta, duret tacite in debito, cui lex tacitam hypothecam tribuit*, Lips. 1771.

n) *L.* 7. §. 1. *C. de praescr.* 30 *vel* 40 *ann. L.* 1. 2. *si aduersus creditorem.* G. H. Brueckner Diss. *de praescriptione pignorum et hypothecarum*, Ien. 1719. F. I. Weidmann Diss. *de praescriptione actionis hypothecariae*, Arg. 1713.

Tit.

Tit. IV.

De persecutione pignoris.

§. CCCCX.

De interdicto Saluiano.

Actiones ex pignore tamquam iure reali oriundae *a*), vel concernunt solam possessionem rerum oppignoratarum consequendam, vel ipsum ius pignoris persequendum. Ad priorem casum pertinet *actio ex interdicto Saluiano b*) tam *directa* quam *vtilis*. Prior datur *locatori praedii rustici ad possessionem rei in securitatem mercedis oppignoratae consequendam*, posterior autem *cuicunque alii creditori pignoratitio ad consequendam rerum oppignoratarum possessionem*. Vtrum hoc interdictum *aduersus tertium possessorem* locum habeat, admodum disputatur *c*), sed sine dubio *Gordiani Imp. sententia praeferenda est*. *Fundamentum* huius actionis est *factum oppignorationis*, siue debitor legitime siue illegitime rem oppignorauerit, et *effectus*, vt *res oppignoratae creditori in possessionem tradantur*, reiectis omnibus aliis exceptionibus.

a) S. STRYCK Diss. *de constit. et persec. pignoris*, Hal. 1708.

b) *L. 1. D. de Salu. interd. Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, et eam vendiderit, quod apud emtorem ex ea natum est, eius adprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportet.* §. 1. *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita vt vtrique in solidum obligatae essent, singuli aduersus* e x t r a n e u m *Saluiano interdicto recte experientur, inter sos vero si reddatur hoc interdictam, possidentis conditio melior erit. L. 2. eod. In Saluiano interdictio,*

dictio, si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo iniecta, possessor vincet, et erit eis descendendum ad Seruianum iudicium. I. H BERGER Diss. *de interd. Saluiani iure*, Vit. 1677. (Ei. *Differtt. p.* 365.) a LEYSER Spec. 511.

c) *L.* 1. *C. de precar. et Salu. interd.* (*Gordian.*) *Si et non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venumdedit, integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Saluiano, (id enim tantummodo aduersus conductorem debitoremue competit), sed Seruiana actione, vel quae ad exemplum eius instituitur, vtilis aduersus emtorem exercenda est.* I. C. PESLER Diss. *de saluiano interd. vtili aduersus quemcunque rerum oppignorat. possess. competente.* Frf. ad Viadr. 1750. I. L. E. PÜTTMANN Diss. *de Saluiano interdicto*, Lips. 1773. I. T. CARRACH Diss. *Obseruat. quaedam ad interd. Salui. occ. L.* 1. *pr. et* §. 1. *D. de S. I. iuncta L.* 1. *C. de prec.* Hal. 1774.

§. CCCCXI.

De hypothecaria actione.

Petitorias actiones quod adtinet, ob initio *locatori praedii rustici* intuitu rerum sibi oppignoratarum dabatur *actio Seruiana*, ab auctore suo ita dicta, *aliis* vero *creditoribus*, *actio quasi Seruiana*, vtraque autem iure nouiori nomine *actionis hypothecariae a*) insignitur. Datur haec hypothecario actio *aduersus quemcumque rei oppignoratae possessorem*, ita tamen, vt intuitu *beneficii excussionis* distinguendum sit, vtrum *aduersus ipsum debitorem*, res tum generaliter, quam nominatim seu specialiter oppignoratas possidentem, an *aduersus tertium hypothecae possessorem* agatur? Priori in casu *debitori competit beneficium excussionis*, adeo *vt creditor prius rem specialiter oppignoratam excutere debeat, antequam hypothecas generales adgredi possit b*). Alii tamen omne beneficium ex-

cussionis

cussionis debitori denegant, propter *Nou.* 4. Posteriori in casu *non solum tertio possessori hypothecarum excussionis beneficium competit*, vt 1) *ipse debitor* eiusque heredes antea excussi esse debeant, sed etiam 2) vt *si deiussores* eiusque heredes 3) *possessores rerum a debitore obligatarum*, 4) *possessores rerum hypothecariarum fideiussoris* prius excuti debeant *c*). Sub n. 3. etiam *possessores hypothecae specialis* comprehendunt, et *possessori hypothecae generalis excussionis exceptionem tribuunt*, eum in finem *vt priui hypotheca specialis excutiatur d*).

a) L. 3. §. 3. D. *ad exhib. Est autem personalis haec actio, et ei competit, qui in rem acturus est, qualicunque in rem actione: etiam pignoratitia Seruiana, siue hypothecaria, quae creditoribus competunt.* a LEYSER Spec. 224. R. H. ZIEGLER Diss. *de act. hypothecaria contra tertium possess. instituenda*, Erf. 1731.

b) L. 2. C. *de pign. Quamuis constet specialiter quaedam et vniuersa bona generaliter aduersarium tuum pignori accepisse, et aequale ius in omnibus habere: iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, vniuersum redigere debitum, ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri praeses prouinciae iubebit.* I. M. ROTERMVNDT Diss. *de benef. excuss. hypothec. possessorib. competente*, Erf. 1734. C. O. RECHENBERG Diss. *creditoris hypothec. aequale ius in bonis debit. general. et special. obligatis*, Lips. 1729.

c) *Nou.* 2. c 2. quae per *Nou.* 112. quippe quae de litigiosis hypothecis solum loquitur, non derogata est. — I. B. *de* WERNHER Diss. *de beneficio ordinis seu excussionis extraneo aduersus creditorem siue ex generali, siue speciali hypotheca agat, contra spuriam Nou.* 112. c. 1. *interpretationem competente*, Viteb 1725. F. C. CONRADI Diss. *de benef. excuss. possessori hypothecae specialis non competente*, Helmst 1747. I. C. KOCH Diss. *de benef. excuss. tert. hypoth. spec possess. competente ad Nou.* 4. *et* 112. Giess. 1771. F. I. SLVETER Diss. *de benef. excuss.*

excuss. possessori hypothecae generalis et specialis competente, Goett. 1775. Quistorp ob dem Inhaber einer Specialhypothek das sogen. benef. excuss. zustehe (Ei. Beitr. *n.* 12).

d) *Arg.* L. 2. C. *de pignor. et hyp.* (*not. b.*).

§. CCCCXII.

Fines huius actionis sunt, *ut rem oppignoratam consequatur, vsquedum de debito*, tam ratione sortis, quam vsurarum satisfactum est. *Aduersus debitorem* ipsum etiam *alternatiue* agi et condictio cum actione reali cumulari potest *a*), sed *aduersus tertium rei possessorem alternatiuum petitum* admitti nequit, quamuis hic per debiti solutionem sese ab actione hypothecaria ab altero instituta liberare possit. *Fundamentum* huius actionis est *legitima hypothecae constitutio*, adeo vt si *contra tertium rei oppignoratae possessorem* agatur, *actor probare debeat, oppignorantem eo tempore, quo rem oppignorauit, eius dominium* et *pignus constituendi liberam facultatem habuisse*, quod vero *secus est in actione hypothecaria, quae aduersus ipsum debitorem instituitur*, quum in hoc casu sufficiat *titulum iuris pignoris adquisiti* probare et reum rem possidere, quia quisque suum proprium factum adgnoscere tenetur (§. 41.)

a) *Nou.* 104. Knorre Einleit. z. ger. Proc. S. 31. I. F. Rivinus Diss. *de libello in actione hypothecaria rite formando*, Lips. 1706. I. W. Trier Progr. *de formula actionis hypothecariae*, Frf. 1738.

Mem-

Membrvm VI.
De iure hereditario.
THEORIA GENERALIS.

Tit. I.
De notione iuris hereditarii, heredis et successionis.

§. CCCCXIII.
De hereditate obiectiue considerata.

Ius hereditarium a) est ius, *cuius obiectum est hereditas. Hereditas* vel obiectiue, vel subiectiue in legibus Romanorum sumitur. In priori significatione denotat *vniuersitatem iuris quam quis defunctus reliquit b*), et quum vniuersitas iuris non sit nisi vniuersitas seu complexus omnium rerum tam corporalium quam incorporalium, quae ad alicuius determinatum patrimonium pertinent (§. 334.) etiam *hereditas omnes res tam corporales quam incorporales, et respectu harum, tam obligationes quam iura, quae ad defuncti alicuius determinatum patrimonium referri debent, comprehendit. Patrimonium c*) in sensu proprio continet potissimum *ea iura easdemque obligationes, quae ad personam eius, cui patrimonium tribuitur, restrictae non sunt d*). Duplex autem iure romano patrimonium, adeoque etiam duplicem hereditatem aliquis habere poterat. Hereditas haec obiectiue considerata tamquam persona moralis spectatur *e*) et quasi defunctum repraesentat *f*).

 a) *Sen-*

a) *Sententiae Rabbinorum de successione ab intestato et testamen taria collectae* a R. IOSEPH KARO, cura STYCKI Hal. 1775. J. G. A. Lobethan vollständige Abhandlung der Lehre von der Erbfolge, Halle 1779.

b) *L.* 178 §. 1. *D. de V. S. Hereditas iuris nomen est, quae et accessionem et decessionem in se recipit. Hereditas autem vel maxime fructibus augetur.* L 50. D *de hered. petit. Hereditas etiam sine vllo corpore iuris intellectum habet.*

c) *Patrimonium* a patre accepta ab origine significabat vnde et *matrimonium* quandoque occurrit. VAL. MAX ex *suo amplo matrimonio*, HEIN. ad BRISS. *de V. S* Deinde idem est ac in bonis alicuius esse, i. e. in proprietate habere.

d) Iura personarum sunt regulariter personalissima exceptis iuribus minorennium (§. 143.) iura autem realia et personalia quae non sunt personarum secundum regulam in heredes transeunt, exceptis fernit personalibus exceptio iure hered. in actu primo, iur competentiae et ex facto illicito oriundo v. c. acti iniuriarum etc.

e) *L.* 22. *D de fideiuss. Mortuo reo promittendi et ante hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.* L. 15. pr. *D. de vsucap. Nam hereditatem in quibusdam vice personae fungi receptum est.* L. 13 §. 5. *quod vi aut clam.* C. F. L. CRELL Diss. (§. 290. *not. g.*).

f) G. STRAVSS Diss *de iure hereditatis iacentis*, Viteb. 1682. G. MAIANSII Diss. *de hereditate iacente* (Ei Diss. *T.* 2. *n.* 3.).

§. CCCCXIV.

De hereditate subiectiue considerata.

Hereditas subiectiue sumta denotat *ius hereditarium* seu *ius cuius obiectum est hereditas obiectiue considerata* (§. praec.). Iam autem haec hereditas obiectiue spectata, vel adhuc res iacens, vel res iam adquisita esse potest. Priori in casu hereditas

ditas subiectiue spectata pro facultate morali sumitur, et denotat *ius hereditarium in actu primo a)*, seu ius adquirendi hereditatem obiectiue spectatam alterius, seu etiam *ius succedendi*. Posteriori vero hereditas pro actu sumitur, et significat *ius hereditarium in actu secundo*, seu ius, quod ex ipsa adquisitione hereditatis adquisitum est, seu ipsam successionem *b*).

a) L. 3. §. 4. D. *de suis et legit. Vtique et ex LL. XII. tabb. ad legitimam hereditatem is, qui in vtero fuit admittitur, si fuerit editus.* L. 1. D. *de re diu. Res hereditariae antequam aliquis heres existat nullius in bonis sunt.*

b) L. 62. D. *de R. I. Hereditas nihil aliud est, quam successio in vniuersum ius quod defunctus habuit.*

§. CCCCXV.

De notione et speciebus successionis.

Succedere in generaliori sensu idem est ac *in locum alterius subintrare intuitu certae qualitatis moralis, quae in eo desinit.* Iam vero qualitas haec vel est publica, vel priuata. Priori in casu huc pertinet successio magistratuum, officialium reipublicae ipsiusque superioris *a*). Posteriori vero, vel qualitas haec priuata iuris vniuersitatem comprehendit, vel non, seu tantum vnum alterumue ius, aut vniuersitatem quorundam singularium iurium. Si prius *successio* dicitur *vniuersalis* aut etiam *hereditaria* seu *successio in specie talis b*). Sin posterius *successio singularis*, seu non hereditaria, et quae iure Romano successionem ex legatis, ex conuentionibus et ex praescriptione comprehendit *c*). Vtraque *successio inter viuos*, aut successio m. c. seu in specie talis esse potest.

a) L. 17. D. *de off. Praesid. Si forte praeses prouinciae manumi-*

numiſerit, vel tutorem dederit priusquam cognouerit ſucceſſo rem aduenisse: erunt haec rata.

b) L. 21. C. *de pactis.* §. M. Volkmar Erläuterung der Begriffe: Erbschaft ex aſſe et ex parte, und ſucceſſio tit. vniuerſali et particulari, Bresl. 1785.

c) L. 3. §. 2. D. *de itin. act. priu. Si vi aut clam, aut precario ab eo ſit vſus, in cuius locum hereditate vel emtione alioue quo iure ſucceſſi, idem eſſe dicendum; cum enim ſucceſſerit quis in locum eorum, aequum non eſt, nos nocerí hoc quod aduerſus eum non nocuit, in cuius locum ſucceſſimus.*

§. CCCCXVI.

De notione heredis.

Subiectum iuris hereditarii ſeu cui competit ius hereditarium dicitur *heres a*). Is ſolum nominatur heres, qui emolumenta hereditaria capit qua vniuerſitatem iuris, ſeu ſucceſſor vniuerſalis *b*), adeo vt in ſucceſſorem ſingularem non cadat hic terminus *c*). Heres autem ſpectatur vel quatenus illi ius hereditarium in actu primo competit, vel quatenus ius hereditarium in actu ſecundo illi tribuendum eſt. Poſteriori in caſu *heres in proprio ſignificatu* ſeu *heres in actu ſecundo d*) ita appellatur, adeo vt ſi dicitur actiones heredibus et in heredes competere, heres in actu ſecundo intelligendus ſit. Priori vero *heres in actu primo* dicitur.

a) Heres dictus eſt ab eo quaſi herus i. e. dominus ſit §. *vlt. I. de her. qual. et diff.* L. 1. D. *de ſucc. ed.* Briss. v. *her.*

b) L. 28. §. 1. D. *de R. I. Hi qui in vniuerſum ius ſuccedunt, heredis loco habentur.*

c) Interim legatarius in re legata eadem iura habet quae heredi intuitu totius hereditatis competunt. L. 14. D. *de vſurp. In re legata in acceſſione temporis, quo teſtator poſſedit, legatarius quodammodo quaſi heres eſt.*

d) L. 6. D. *de R. I. Non vult heres eſſe qui ad alium transferre*

ferre voluit hereditatem §. *vlt. I. de hered. qual. et diff. Item extraneus heres testamento institutus aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus, potest aut pro herede gerendo aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.*

Tit. II.
De adquisitione iuris hereditarii in actu primo.

§. CCCCXVII.

Iuris hereditarii in actu primo spectati adquisitio fit per *delationem hereditatis a*). Hereditas tunc alicui defertur *si illi ius conceditur, hereditatem alicuius obiectiue spectatam habendi, adeoque vniuersitatem iuris, quam quis post mortem suam reliquit* (§. 413.) *adquirendi*. Delatio igitur hereditatis *titulus* est iuris hereditarii in actu primo cuidam competentis. Et sicuti omnis adquisitio iuris contingat, aut per immediatam, aut per mediatam legis dispositionem, etiam delatio hereditatis fit, aut ex immediata legis dispositione, aut mediata, seu per factum quoddam, quod hoc loco nullum aliud esse potest, quam factum eius, cui hoc patrimonium competit. Priori in casu nominatur *delatio hereditatis ab intestato*, quaeque adeo tunc contingit, *si quis per immediatam legis dispositionem ius consecutus est hereditatem alicuius obiectiue spectatam adquirendi*. Posteriori in casu *delationem per vltimam voluntatem defuncti cuiusdam* fieri dicimus.

a) *L. 151. D. de V. S. Delata hereditas intelligitur quam quis possit adeundo consequi.*

§. CCCCXVIII.

§. CCCCXVIII.

De delatione heredit. per vltimam voluntatem.

Vltimae voluntatis dispositio seu vt simpliciter etiam vocari solet, *vltima voluntas*, est *dispositio de bonis, quae demum post mortem disponentis effectus suos plenos habere potest*, eaque dispositio, vel per modum conuentionis irreuocabilis seu pacti sit, vel non. Si posterius, *nuda vltima voluntas* vocatur, ad quam etiam don. m. c. et pacta successoria iure rom. adquisitiua inter milites (§. 605) pertinent. Sin prius, *vltima voluntas pactitia* seu *pactum successorium* inde oritur.

§. CCCCXIX.

De delatione hereditatis per nudam vltimam voluntatem.

Nudae vltimae voluntatis dispositio dicitur quoque *testamentum in genere*, prouti etiam tali modo disponens, *testator in genere* audit. Quare delatio hereditatis per testamentum in genere contingit *si quis in ea ipsa vltima voluntate aliquem sufficienter designat, cui ius concedit, hereditatem obiectiue spectatam adquirendi*, seu quod idem est *cui ius hereditarium in actu primo concedit.* Is actus, *heredis institutio* vocatur, quaeque igitur non est nisi *designatio alicuius sufficiens, cui per ipsam vltimam voluntatem ius conceditur, hereditatem testatoris obiectiue spectatam adquirendi.* Et quum hereditas sit vniuersitas iuris, nemo sane heres institutus dici potest, nisi qui a testatore ita vocatus est, vt emolumenta hereditaria tamquam vniuersitatem iuris adquirere debeat. Vt quis iure gaudeat heredem sibi designandi, efficiendique, vt ratione heredis, ab eo vocati, res suae fiant res iacentes, quas

quas heres cum excluſione omnium aliorum conciuium adquirere poſſit, legum poſitiuarum diſpoſitio requiritur quum alias ſecundum praecepta Iuris naturalis eſſent fierentque res nullius *a*).

a) De qua re diximus in Grundſ. d. N. R. §. 87. 88. H. Hofer Abh. ob das R. teſtamentariſche Diſpoſitionen zu machen aus dem Naturrecht hergeleitet werden könne. Hellbr. 1801.

§. CCCCXX.

De delatione per immediatam legis diſpoſitionem.

Delatio hereditatis per immediatam legis diſpoſitionem dicitur *legitima*, quoniam ea ex ſola legis diſpoſitione oritur; quamuis etiam teſtamentaria et pactitia legitima dici poſſit, quia legibus firmari debuit factum delatiuum diſponentis. In *ſtrictiori* tamen *ſignificatione* dicitur *legitima* ea, quae non ſolum ab inteſtato eſt, ſed etiam quae ex Iure ciuili in ſpecie, in oppoſitione ad Ius praetorium, proficiſcitur *a*).

a) *L.* 2. §. 3. *D. vnde legitimi.*

§. CCCCXXI.

De delat. hered. diuerſitate in relatione ad fontes I. R.

Non ſolum Iure ciuili ſed Iure Praetorio etiam defertur hereditas, quae delatio hereditaris praetoria, *bonorum poſſeſſio* nuncupatur. Praetor enim ad ſupplendum ius ciuile iis bonorum poſſeſſionem vi muneris ſui dabat, qui Iure ciuili praeteriti nec tamen expreſſe excluſi erant; quapropter etiam haec *bonorum poſſeſſio* aut *inteſtata* aut *teſtata* erat, et ſicuti Iure ciuili heres aut in primo aut in actu

ſecun-

fecundo erat, ita *bonorum possessor* quoque aut *in actu primo* aut in *actu secundo* spectari potest.

§. CCCCXXII.

De diuersitate delat. heredit. ratione iuris inde adquisiti.

Ius quod ex delatione hereditatis adquiritur vel est adhuc reuocabile, vel irreuocabile. Priori in casu est *delatio hereditatis imperfecta*, posteriori vero *perfecta*. Legitima hereditatis delatio non obtinet nisi deficiente hereditatis delatione mediata *a*), adeo vt in hac re *prouisio hominis tollat prouisionem legis*. Quare quamdiu adhuc aliquis ex mediata delatione hereditatis adquirere potest hereditatem, tamdiu ius successoris ab intestato solum euentuale et imperfectum est. Quousque autem defunctus ab intestato mortuus est, aut intestatus mori debet, aut heres ex testamento heres non fit, eousque etiam legitima hereditatis delatio non nisi perfecta esse potest.

a) L. 89. D. de R. I. *Quamdiu possit valere testamentum, tamdiu legitimus non admittitur.*

§. CCCCXXIII.

Vltimae voluntatis dispositio nuda vsque ad extremum vitae halitum reuocabilis est a). Quare etiam ante mortem disponentis delatio hereditatis testamentaria non pro perfecta haberi potest, sed potius tum demum heres in testamento institutus ius irreuocabile consequitur, hereditatem adquirendi, si testator in ea dispositione, in qua heredem instituit, vsque ad mortem perseuerauit, quo facto autem nunc heredi instituto *perfecte* delata est hereditas, modo haec dispositio legitime facta sit, atque

que propter alias caussas non corruat. Eousque autem haec vltimae voluntatis nudae dispositio reuocabilis intuitu testatoris manet, vt nulla alia ratione, quam per pactum successorium restringi possit, adeo, vt etiamsi testator se hanc dispositionem testamentariam nunquam mutare velle, promiserit *b*), iusque iurandum adiecerit priori voluntati, haec reuocationi et mutationi dispositionis non obstent. Cauendum autem ne promissio acceptata de herede aliquo instituendo, aut de legato relinquendo, statim pro pacto successorio adsumatur. *c*)

a) L. 4. D. *de adim. vel transfer. legat. Quod si iterum in amicitiam redierunt, et poenituit testatorem prioris offensae: legatum vel fideicommissum relictum redintegratur. Ambulatoria enim est voluntas defuncti vsque ad vitae supremum exitum.* Indeque recte etiam dicit de hac vltimae voluntatis dispositione HERMOGENIANVS in *L.* 22. *D. de legat.* 3. — *nemo sibi potest legem dicere, vt a priori ei recedere non liceat.*

b) L. 6. §. 2. D. *de iure codicill. Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit, vt non alias valere velit quam sua manu signatos et subscriptos: tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque manu eius scripti fuerint. Nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant* I. B. WERNHER Diss. *de clausula derogatoria testamentis adiecta.* Vit. 1701. C. H. BREVNING Diss. *an iuramentum de vltima voluntate non mutanda omni careat obligatione,* Lips. 1772.

c) C. H. BREVNING Diss. *an promissio de legato relinquendo ius alteri tribuat.* Lips. 1779.

§. CCCCXXIV.

De diuersa delatione hereditatis testamentaria, seu de diuersa heredis institutione.

Delatio hereditatis testamentaria fit per heredis institutionem (§. 419), quae est sufficiens designatio eius, cui ius conceditur, hereditatem tamquam vni-

vniuerfitatem iuris adquirendi. Iam vero vel hoc ita fit, vt quis ex reftitutione alterius hereditatem accipere debeat, vel non feu immediate heres inftitutus eft. Priori in cafu eft *heredis inftitutio fideicommiffaria*, pofteriori vero *directa*. Prior igitur fit per interpofitam perfonam, ex cuius reftitutione alius hereditatem confequi debet, et quum nemo aliquid reftituere poffit, nifi quod accepit, facile intelligimus, heredem fideicommiffarie inftitutum nihil aliud exigere poffe ab herede directo, qui hoc in cafu *fiduciarius* appellatur, quam quod ipfe accepit.

§. CCCCXXV.

De fpeciebus teftamentariae difpofitionis.

Teftamentum in genere eft vltima voluntas nuda (§. 419.), feu omnis difpofitio de eo, quod quis poft mortem fuam fieri vult *a*). Iam vero, vel haec difpofitio continet heredis inftitutionem directam, vel non. Priori in cafu eft *teftamentum in fpecie b*), feu *teftamentum* in *excellentiori et propria c*) *fignificatione;* pofteriori vero *codicillus*. Quatenus igitur quis heredem directum fibi non inftituit, eatenus etiam teftamentum non reliquit, confequenter *inteftatus* deceffiffe dicendus eft, licet defunctus adhuc heredem fideicommiffarium, cui fcilicet ab heredibus inteftatis reftitutio hereditatis fieri debet, habere, et multas alias difpofitiones relinquere poffit. Codicillus autem in fignificatu iuridico *omnis ea vltima voluntatis difpofitio* vocatur, *quae heredis inftitutionem directam non continet.*

a) L. 1. §. 2. D *de tabb. exh Hoc interdictum non tantum pertinet ad teftamenti tabb. verum ad omnia, quae ad cauffam teftamenti pertinent, vtputa et ad codicillos pertinent*

b) I. V. C. Tresenreuter Difp. Iur. germ. *num heredis*

redis institutio caput sit et fundamentum testamenti? Alt. 1759.

§. 34. *I. de legat. Ante heredis institutionem inutiliter antea legabantur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio.* add. *L.* 10. *D. L.* 7. *C. de iure codic. L.* 1. §. 3. *D. de vulg. et pup. subst. L.* 3. *ff. D. de his quae in testam. del. L.* 1. *D. hered. inst.* Heredis institutionem, quae ad testamentum toties requiritur, non nisi directam esse posse luculenter innuit Imp. §. 2. *I. de codicill — Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hereditas iure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adiicere neque substituere directo potest.*

Tit. III.

De adquisitione iuris hereditarii in actu secundo.

§. CCCCXXVI.

Quotuplici modo hereditas adquiratur?

Ius hereditarium in actu secundo est ipsum ius vniuersum defuncti (§. 414.), seu ipsa hereditas tamquam vniuersitas iuris spectata. *Adquisitio igitur iuris hereditarii in actu secundo* est *ipsa adquisitio hereditatis*, eaque iterum, vel contingit immediata legis dispositione, vel mediata. Priori in casu *adquisitio hereditatis ipso iure fit*, ideoque statim hereditas in hoc casu est adquisita, consequenter delatio et adquisitio hereditatis vno eodemque euentu contingit. Sed in posteriori casu, facto heredis quodam opus est, quo nondum suscepto, hereditas solum delata, non autem adquisita dici potest.

potest. Hoc factum heredis nullum aliud est quam *declaratio heredis se hereditatem perfecte sibi delatam actu esse habiturum*, id quod in hereditate ciuili nominatur *aditio hereditatis a*), in bonorum possessione autem *adgnitio* seu *admissio bonorum possessionis*. Factum hoc, aut expressam heredis declarationem continet, aut ex factis concludentibus colligitur. Si prius dicitur *aditio hereditatis in specialiori et proprio significatu*, sin posterius *pro herede gestio*. Declaratio autem heredis se hereditatem adquirere nolle *repudiatio hereditatis* vocatur.

a) §. 5. *I de hered. qual. et diff. Extraneis autem heredibus deliberandi, potestas est, de adeunda hereditate vel non adeunda.* § 7. *Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit: ita e contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.*

§. CCCCXXVII.

Aditio hereditatis a) sola perficitur declaratione voluntatis *b*), atque adeo nec possessionis adquisitione, nec aliis solennitatibus Iure communi opus est, quamuis olim aditionem cum cretione tamquam actum legitimum multos ritus comprehendisse alii putent *c*). Neque etiam aditione hereditatis possessio adquiritur *d*) quippe quae facti est, et solo animo non adquiritur, neque adeo remedia possessoria Iure communi heredibus competunt, quamuis secundum plurimarum Prouinciarum constitutiones *e*) hodie hoc secus esse soleat *f*). Pro herede gestio non solum requirit, vt quis sciat, sibi esse hereditatem perfecte delatam, sed etiam, vt ea facta animo, negotia alterius gerendi, suscepta non sint *g*). Aditio hereditatis et pro herede gestio ante mortem testatoris neque cogitari neque vllos habere possunt effectus.

a) I. C. GOETHE *Electa de aditione hereditatis ex iure rom. et*

et patr. Gieſſ 1738. *a* LEYSER Spec. 370. IOS. FINESTRES *de et a* MONSALVO Lib. *de adquirenda vel omittenda hereditate*, Ceruariae 1750. D. TERSZTENSKY Spec. Iur. germ. *de aditione hereditatis et modo adquirendi hereditatem*, Frf. et Lipſ. 1758.

b) Vnde hereditatis aditio dici neutiquam poteſt occupatio rei iacentis.

c) Quod defendunt CVIAC. MERILL. et alii. Alii autem ſolemnes ritus obueniſſe negant. VLP. *fragm. tit. XXII.* §. 24. *Cretio*, inquit, *eſt certorum dierum ſpatium, quod datur inſtituto heredi ad deliberandum, vtrum expediat ei adire hereditatem, nec ne.* Introducto beneficio deliberandi poſtea in deſuetudinem abiit. L. 17. *C. de iure delib.*

d) *L.* 23. *D. de adq. vel amitt. poſſ. Cum heredes inſtituti ſumus, adita hereditate omnia quidem iura ad nos tranſeunt, poſſeſſio tamen, niſi naturaliter comprehenſa, ad nos non pertinet.*

e) F. CONRADI Progr. *an poſſeſſio apud Germ. ipſo iure ſine corporali adprehenſione tranſeat ad heredes?* Helmſt. 1737. C. A. BRAVN Diſſ. *de poſſeſſione ipſo iure in heredem transeunte.* I. G. KRAVSE Progr. *num poſſeſſio a defuncto aut anteceſſore rite adquiſita in heredem ſucceſſoremue ipſo iure transferatur isque non interueniente actuali adprehenſione ex ſola anteceſſoris ſucceſſione rite adquiſita in poſſeſſorio ſummariſſimo defendi queat?* Vit. 1736.

f) *Cod. Frid. Part. IV. Tit.* 3. §. 18.

g) §. 7. *I. de hered. qual. et diff. Pro herede autem gerere quis videtur ſi rebus hereditariis tamquam heres vtatur, vel vendendo res hereditarias, vel praedia colendo locandoue, et quoquo modo voluntatem ſuam declaret vel re vel verbo de adeunda hereditate: dummodo ſciat eum in cuius bonis pro herede gerit, teſtatum inteſtatumue obiiſſe, et ſe ei heredem eſſe. Pro herede enim gerere eſt pro domino gerere. Veteres enim heredes pro dominis appellabant.* L. 20. *pr. de adq. vel omitt. hered.* — *nam hoc animo eſſe debet, vt velit eſſe heres: ceterum ſi quid pietatis cauſſa, ſi quid cuſtodiae cauſſa fecit, ſi quid quaſi non heres egit, ſed quaſi alio iure dominus, apparet non videri pro herede geſſiſſe.*

§. CCCCXXVIII.

§. CCCCXXVIII.

De effectibus adquisitionis hereditatis in genere.

In hereditate tamquam vniuersitate iuris here omnes obligationes defuncti adquirit, quae cun defuncti persona interemtae non sunt *a*). Vnd fluit: 1) *heredem per adquisitionem hereditatis a omne aes alienum defuncti soluendum obligari etiamsi hereditas minus sufficiat b*), 2) *post adquisi tam hereditatem patrimonium defuncti cum patrimonio heredis confundi, atque duo haec antea a se inuicem separata, nunc vnum solum, et quidem heredis, fieri*, indeque intuitu heredis nullo modo iterum separari posse *c*), 3) *heredem heredis quoque esse heredem primi defuncti, adeoque heredem heredis absque adquisitione hereditatis primi defuncti cogitari non posse d*). 4) *Heredem per adquisitionem hereditatis omnia iura defuncti cum eius morte non interemta actu habere; eandemque continere modum dominii ceterorumque iurium adquisitionis e*). 5) *Plures heredes vnam personam defuncti repraesentare, et quidem quisque pro ea rata pro qua parte heres factus est*, indeque a singulis heredibus id tantum praestandum esse, quod in eorum ratam cadit. Ceterum hoc loco notandum est, *nomina tam actiua quam passiua ipso iure esse diuisa f*) neque, vt quisque suam partem de nominibus actiuis exigere possit, diuisione et consensu ceterorum heredum opus esse. Denique ex hereditate tamquam vniuersitate iuris Romani deduxerunt 6) *pretium succedere in locum rei, et rem in locum pretii g*), adeo vt fructus ciuiliter consumti ad ipsam hereditatem accedant.

a) L. 54. *de R. I.* L. 120. *eod.* (§. 27. *not. c.*) sed aliquando plus vel minus iuris habet heres quam defunctus (§ 614.) L. 51. §. 3. *D. de euict.* L. 84 *D ad L. Falc* L. 7

L. 7. D. de reb. auct. ind. poss S. STRYCK Diss. *de facto defuncti ab herede non praestando*, Frf. 1687. Io. STRAVCH Diss *de iuribus transitoriis ad successorem*, Ien.

b) *L. 10 C. de iure delib. a* LEYSER Spec. 371.

c) Beneficium separationis bonorum defuncti a bonis heredis in concursu creditorum obueniens solum *ratione creditorum* defuncti, aut heredis, non ipsi heredi datur.

d) *L. 7. §. 2. D. de adq. vel omitt. hered In omni successione qui ei heres extitit qui Titio heres fuit, Titio quoque heres videtur esse: nec potest Titii omittere hereditatem.*

e) *L. 37. D. de adq. vel omitt. hered.*

f) *L 6. C. fam. ercisc Ea quae in nominibus sunt, non recipiunt diuisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex leg. XII. Tabb. diuisa sint.* add. *L. 2. §. 5. L. 4. pr. D. eod.*

g) *L. 16. §. 1. D. de hered. petit. Sed et is qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exegit petitione hereditatis tenetur. L. 20 pr. eod Item veniunt in hereditatem etiam ea, quae hereditatis caussa comparata sunt; vtputa mancipia, pecoraque, et si qua alia, quae necessario hereditati sunt comparata. Et si quidem pecunia hereditaria sunt comparata, sine dubio venient, si vero non pecunia hereditaria, videndum erit, et puto etiam haec venire, si magna vtilitas hereditatis versetur; pretium scilicet restituturo herede.*

§. CCCCXXIX.

De adquisitione hereditatis, quae ipso iure fit speciatim.

Adquisitio hereditatis, quae ipso iure, s. per immediatam legis dispositionem contingit, absque heredis declaratione fit, adeo vt *nolentibus volentibus, furiosis, ignorantibus, impuberibus minoribus, peregrinantibus*, eiusmodi hereditas adquiratur simulac illis perfecte delata sit. Hoc autem obtinet solum in illis, qui potestati patriae et dominicae

ciuium

ciuium Romanorum subiecti erant, indeque ser et liberi familias ipso iure hereditatem adquirur quique propterea etiam *necessarii heredes* vocantu *Necessarii heredes* 1) ratione adquisitionis s. actii sunt illi, *a quibus*, *simulac hereditas illis dela est*, *eadem etiam adquisita est*. 2) Ratione delati nis hereditatis *necessarii heredes* sunt illi, *quibu hereditas deferri debet*, seu *qui cum effectu exclu sionis praeteriri non possunt* (§. 529.). Quod a priores adtinet, *serui*, *necessarii heredes in speci* dicebantur, qui non nisi ex delatione testamentari domini tales esse poterant, *liberi* vero *familias*, *su et necessarii heredes* dicti, tam ex delatione testa mentaria, quam ex delatione ab intestato tales fieri poterant, sed intuitu *matris*, vt et *liberi emancipa ti* atque *illegitimi* sui et necessarii heredes non erant.

§. CCCCXXX.

De beneficio abstinendi.

Liberifamilias hereditatem ipso iure adquirentes etiam ipso iure ad omnes obligationes defuncti im plendas, et ad omne aes alienum soluendum, etiamsi hereditas non sufficiat, obligantur. Tristis haec liberorum familias conditio, quae tristior ipsi seruorum conditione erat, Praetorem commouit, vt illis *beneficium abstinendi* indulgeret. Huius bene ficii nempe abstinendi virtute liberifamilias heredi tatem ipso iure adquisitam iterum *derelinquere*, hacque ratione sese liberare possunt ab onere de bita paterna soluendi, modo liberi familias pube res hereditati paternae sese nondum immiscuerint, i. e. nondum adquisitionem, ipso iure factam per ea facta ratihabuerint, quae in extraneis heredibus pro herede gestionem (§. 427.) inuolunt. Liberis autem familias impuberibus beneficium abstinendi com-

competit, licet ſeſe hereditati paternae immiſcuerint a). Quumque igitur liberifamilias ipſo iure hereditatem adquirant, hereditas vero adquiſita ad patrimonium heredis pertineat (§. 428.), *ſemper quoque ſui et neceſſarii heredes ſtatim ad ſuos iterum heredes ſeu ab inteſtato ſeu ex teſtamento devoluunt hereditatem paternam ab iis non derelictam.*

a) *L.* 57. *D. de adq. vel omitt. hered. Neceſſariis heredibus non ſolum impuberibus, ſed etiam puberibus abſtinendi ſe ab hereditate Proconſul poteſtatem facit, vt quamuis creditoribus hereditariis iure ciuili teneantur, tamen in eos actio non detur, ſi velint derelinquere hereditatem. Sed impuberibus quidem etiamſi ſe immiſcuerint hereditati, praeſtat abſtinendi facultatem. Puberibus autem ita, ſi ſe non immiſcuerunt.*

§. CCCCXXXI.

Ea, quae de adquiſitione hereditatis ipſo iure liberorum familias, vt et de beneficio abſtinendi, et de deuolutione hereditatis (§. *praec.*) diximus quin etiam hodie a) Iure communi obtinere debeant, nullum dubium eſt. Quamuis enim Iuſtinianus *Nou.* 118. diſcrimen omne inter liberos emancipatos et ſuos, et inter hereditatem paternam et maternam ſuſtulerit, id tamen ſolum factum eſt ratione delationis hereditatis, ſeu ratione ſucceſſionis ab inteſtato, non vero *Nou. cit.* da adquiſitione hereditatis loquitur.

a) C. Ziegler Diſſ. *de ſuitate*, Vit. 1662. G. L. Boehmer Diſſ. *de ſuo herede ab hereditate ſe abſtinente*, *ad L.* 57. *D. de adq. vol om. her.* Goett. 1756. (*Elect. n.* 4.) *Eiusd. Diſſ.* (§ 448 *not. c.*

§. CCCCXXXII.

Quis adire et repudiare poſſit hereditatem?

Heredes qui ipſo iure hereditatem non adquirunt,

runt, eandem solum adquirunt per aditionem hereditatis, quae declarationem consensus heredis continet (§. 426.) propereaque hi heredes *voluntarii*, seu *extranei* dicuntur. Et quum haec aditio hereditatis obligationem quasi ex contractu producat, (§. 673. not. *b.*) et obligationes in de suscipiuntur, facile inde perspicimus: nec *minorem* nec *impuberem*, nec *prodigum*, nec *mente captum* aut *furiosum* voluntatis suae declaratione tam quam heredes sese obligare posse. Et quidem quoad *minores*, ille iure anteriore *a*), quo curatores nondum habebant, hereditatem sibi delatam recte adibant, *impuberes* autem auctoritate tutorum. Sed iure nouiori *b*) siue sit impubes siue minor, curatoris consensu opus est. *Filius familias* etiam absque patris familias consensu hereditatem adire potest *c*). Qui hereditatem valide adire valet etiam eandem valide *repudiare* potest, excepto filiofamilias, qui in praeiudicium patris hereditati renunciare nequit *d*).

a) Iure Pandectarum curatoris consensu opus fuisse in adeundis a minoribus hereditatibus dubitat FINESTR. *de adqu. vel omitt.* P. II. *cap.* VII. §. 435.

b) L. 26 *C. de adm. tut.* — *siue enim auctoritatem suam, consensum de adeunda hereditate praestare pupillo, aut adulto minime voluerit, ne hac ex causa sua iura aliquod patiatur praeiudicium.* C. F. WALCH Pr. *de infante herede* (El. opusc. *T.* 2. *n.* 2.)

c) *L.* 8. *C. de bon. quae lib. in potest.* C. H. BREVNING Diss. *de aditione hereditatis a filio familias facta,* Lips. 1768.

d) *L.* 13. §. 3. *D. de acq. v. om. hered. Neque filiusfamilias repudiando sine patre, nec pater sine filio alteri necet. Vtrique autem possunt repudiare.*

§. CCCCXXXIII.

§. CCCCXXXIII.

De furiosi aditione hereditatis.

Furiosus et *mente captus a)* quidem quatenus est heres suus et necessarius hereditatem omnino adquirit (§.429.): sed adire hereditatem nequit *b)*, neque etiam curator nomine eius hereditatem adire potest. Iure Praetorio *c)* autem bonorum possessionem habet, ad effectum euentualis adquisitionis bonorum hereditariorum. Quod intuitu *hereditatis directae* Iustinianus *d)* quoque confirmauit, adeo vt *possessio quidem omnium rerum hereditariarum secundum inuentarium in curatorem transferatur*, sed *dominium earum non adquirit furiosus*, et solummodo fructus huius hereditatis in sustentationem furiosi impendi possunt, si bona furiosi non sufficere videantur. Cetera autem emolumenta hereditaria puta *legata* et *fideicommissa* omnino *curator pro furioso quoad dominium adquirit.*

a) I. C. Pesler Diss. *de successione ad furiosum deuoluta*, Frf. ad O. 1750. I. B. Beckmann Diss. *de acquisitione hereditatis dementi delatae*, Goett. 1772.

b) L. 63. D. *de acq vel om. hered. Furiosus adquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest: nisi si necessarius patri aut domino heres existat. Per alium autem acquiri ei potest: veluti per seruum, vel eum, quem in potestate habet.*

c) L. vn. D. *de b. p. furios.*

d) L. vlt. §. 7. C. *de curat. furiosi. Si quid postea ad furiosum perueuerit, siue ex hereditate, vel successione, vel legato, vel fideicommisso, vel alio quocunque modo hoc furioso accedat: et cum alia eius substantia manibus curatoris tradatur, inuentario etiam super his omnibus rebus scilicet faciendo: et sub eius cura custodiatur; quatenus si quidem resipuerit furiosus, et acquisitionem admiserit, ipsi restituatur.* §. 8. *Sin autem in furore diem suum finierit, vel ad suam sanitatem perueniens repudiauerit: si quidem successio*

 est,

est, ad eos referatur (volentes tamen) id est, vel ad substi-tum, vel ab intestato, heredes, vel ad nostrum aerarium: scilicet obseruando, vt hi veniant ad successionem, qui mo- tempore furiosi propinquiores existant ei, ad cuius bona cabuntur, si non in medio esset furiosus, — legatis aut procul dubio et fideicommissis, caeterisque acquisitionibus riofo acquirendis et substantiae eius aggregandis. §. 9. autem ipse respuerit, et ea admittere noluerit, et aperte h. respuerit, vel heres eius hoc fecerit, a substantia eius illico parandis, quasi nec fuerint ab initio ad eum deuoluta.

e) L 51. D. de hered petit. *Heres furiosi substituto, sequentis gradus cognato fructus medii temporis, quibus p curatorem furiosus locupletior factus videtur, praestab exceptis videlicet impensis, quae circa eandem substantiam necessarie, quam vtiliter factae sunt. Sed et si quid cir furiosum necessarie fuerit ex pensum, et hoc excipiatur: alia sufficiens substantia est furioso, ex qua sustentari potest.*

§. CCCCXXXIV.

Semel heres semper heres.

Heredes voluntarii sibi solum imputare debent si damnosam hereditatem adierunt, quapropter etiam illis beneficio abstinendi non succurritur, potius *qui semel voluntarie heres factus est*, atque semel obligationes defuncti per hereditatis aditionem suscepit, *semper quoque heres manet a)*, adeo vt neque heres desinat esse, licet hereditatem cesserit, vendiderit, aut alio modo in alium transtulerit. Simulac autem hereditas heredi perfecte delata est, ab eo autem alii ceditur, id aditionem hereditatis inuoluit, adeoque, quum per hereditatis aditionem heres in actu secundo factus sit, nemo autem inuito creditore obligationes suas semel contractas in alium deuoluere eumque substituere possit, etiam cedens tam creditoribus quam legatariis et fidei commissariis obligatus manet *b)* suumque solum regressum aduersus cessionarium habere potest. *Mi-*

non

nori autem contra hereditatis aditionem damnosam competit restitutio ex capite minorennitatis (§. 144.) *Repudiata quoque hereditas non potest iterum adiri c)*, neque etiam *pro parte adire* et *pro parte repudiari d)*, vt et *sub conditione adiri aut sub conditione repudiari e) vniuersitas iuris potest.*

c) L. 88. D. *de hered. — Quum autem semel heres exstiterit seruus, non potest adiectus efficere, vt qui semel heres exstitit, desinat heres esse* §. 5. I *de hered qual. — adieris ; postea relinquendae hereditatis facultatem non habeat, nisi minor sit viginti quinque annis.*

c) L. 2. C. *de hered v act. vend. Ratio iuris postulat, vt creditoribus hereditariis, legatariis seu fideicommissariis te conuenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Nam vt satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. Quamuis enim ea lege emerit, vt creditoribus hereditariis satis faciat, excipere tamen actiones hereditarias inuitus cogi non potest.*

) §. 7. I. *de hered qual.* (§. 426. *not. a.*).

d) L. 55. D. *de acq. v. om. hered Cum hereditate patris necessarius heres se abstineat: conditio coheredi, siue suo siue extraneo, defertur, vt aut totam agnoscat, aut a toto recedat.* L. 1. D. *eod.*

) L. 77. D. R. I *Actus legitimi, qui* (non) *recipiunt diem vel conditionem veluti hereditatis aditio — in totum vitiantur per temporis, vel conditionis adiectionem.* I. G. Bechtold Diss. *de hereditatis aditione conditionata,* Giess. 1784.

§. CCCCXXXV.

Hereditas nondum adquisita non transfertur ad heredes.

Ius hereditariam in actu primo seu ius succedendi, in herede voluntario non nisi ius personalissimum est, quod in heredes non deuoluitur, indeque

indeque *hereditas nondum adquisita non transfer tur ad heredes a*). Et hoc non solum valet de imperfecta delata hereditate, sed etiam de perfect (§. 423.), quae nondum adquisita est, et non solum de delata hereditate testamentaria, sed etiam de hereditate delata intestata *b*). Quod ad delationem *pactitiam c*) adtinet equidem ego, si heres ante decedit, non ad heredes deuolutam esse spem succedendi puto, nisi ad heredes heredis extensium sit pactum successorium, bene vero si heres post defunctum ante aditam hereditatem obiit. Quum heredes sui et necessarii statim a tempore delationis hereditatem paternam ipso iure adquirant, etiam *hereditatem paternam ante apertas tabulas et ante immixtionem ad suos quoscunque heredes deuoluunt d*), quod quidem nullam exceptionem inuoluit. Exceptio tamen facta est 1) *in liberis non suis*, qui paternam et maternam etc. hereditatem ad suos descendentes, etiam testamentariam deuoluunt *e*), quae transmissio ab auctore suo *Theodosiana*, appellari solet, 2) *in herede qui sibi delatam esse hereditatem scit*, neque illam adiit, neque eandem repudiauit, qui pro deliberante adsumitur, et reliquum temporis deliberandi in suos heredes tam ab intestato, quam testamentario transmittit *f*). *Scientis* solum heredis tempus deliberandi transmittitur, adeoque si ante cognitam delationem moritur, regula subsistit, neque hereditas transmittitur, nisi ex caussa restitutionis in integrum *g*); 3) ex capite *infantiae h*).

a) *L.* 7. *C. de iure delib. Quoniam sororem tuam prius functam esse proponis, quam cognosceret an a fratre sibi a quid hereditatis fuisset relictum: manifestum atque euid est, antequam pro herede gereret, vel bonorum possession admitteret, defuncti successionem eam non potuisse ad here suos transmittere. L. vn §. 5. C. de caduc. toll, — reditatem etenim, nisi fuerit adita transmitti, nec ven concedeb*

concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum perſonis, de quibus Theodoſiana lex (not. e.) loquitur: his nihilominus, quae ſuper his, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis conſtituta ſunt in ſuo robore manſuris (not. *f.*) I. A. HELLFELD Diſſ. *de transmiſſione iuris ſuccedendi, anteceſſoris morte non delati.* Ien. 772. (El. opuſc. n. 18.) J. C. J. Fiſcher das erbſchaftl. Verſendungsr. ohne Beſitzergr. aus dem Kammeralr. des Mittelalters beleuchtet und aus dem europäiſchen, teutſchen und Pr. Privatr. erwieſen. Regensb. 1786.

b) Manifeſte enim vtraque lex de hereditate perfecte delata (§. 423.) loquitur, ſicuti etiam *L. 7. C. cit.* de hereditate inteſtata, L *vn.* C. autem de transmiſſione hereditatis per teſtamentum delatae intelligi debet.

c) G. C. BASTINELLER Diſſ. *de pacto ſucceſſorio cum paciſcentis perſona intereunte* Vit. 727. T. G. G. EMMINGHAUS Diſſ. *de eo quod iuſtum eſt circa conuentionales hereditatum translationes.* Ien. 1749.

d) *L. 3. C. de iure de lib. L. vn. C. de his qui ante ap. tab.*

e) *L. vn. C. de his que ante ap. tab. hered. transm Per hanc iubemus ſanctionem, in poſterum valituram, filios ſeu filias, nepotes, aut neptes, pronepotes aut proneptes, a patre vel matre, aut vel auia, proauo vel proauia ſcriptos heredes: licet non ſint inuicem ſubſtituti, ſeu cum extraneis ſeu ſoli ſint inſtituti: et ante apertas tabulas defuncti (ſiue ſe nouerint ſcriptos heredes ſiue ignorauerint) in liberos ſuos, cuiuscunque ſint ſexus vel gradus, derelictam ſibi hereditariam portionem poſſe transmittere.*

f) *L. 19. C. de iure delib. Quum in antiquioribus legibus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes, poſſe et in ſuam poſteritatem hanc transmittere: eam deliberationem et in omnes ſucceſſores ſiue cognatos ſiue extraneos, duximus eſſe protelandam. Ideoque ſancimus, ſi quis vel ex teſtamento vel ab inteſtato vocatus, deliberationem meruerit: vel ſi hoc quidem non fecerit, non tamen ſucceſſioni renunciauerit, vt ex hoc cauſſa deliberare videatur: ſed nec aliquid geſſerit, quod aditionem vel pro herede geſtionem inducat, praedictum arbitrium in ſucceſſionem ſuam transmittat: ita*

tamen vt vnius anni spatio eadem transmissio fuerit conclu sa. Et si quidem is, qui sciens hereditatem vel ab intestato vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit, hoc eius ad suam successionem intra annale tempus extendat. — —.

g) *L. 86 D. de adqu. vel omitt hered. Pannonius Auitus cum in Cilicia procuraret, heres institutus, ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret. Quia bonorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes Auiti ratam habere non potuerat: ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto iure non competit, quia intra diem aditionis Auitus obiisset. Diuum tamen Pium contra constituisse, Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis caussa Romae erat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere; quod et humanitatis gratia obtinendum est.*

h) *L. 18. C de iur. delib. Si infanti, i. e. minori septem annis in potestate patris constituto hereditas sit derelicta, vel ab intestato delata a matre, vel linea ex qua mater descendit vel aliis quibuscunque personis, licebit parentibus eius, sub quorum potestate est, adire eius nomine hereditatem vel bonorum possessionem petere. §. 1 Sed si hoc parens neglexerit et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem deuoluta, iure patrio quasi iam infanti quaesita.*

Tit. IV.
De iure accrescendi.

§. CCCCXXXVI.

De notione iuris accrescendi et coniunctorum.

Tam vni quam pluribus heredibus hereditas deferi, et tam ab vno quam a pluribus pro partibus delatis, tota hereditas adquiri potest. Iam vero vni

vnus alterue heredum portionem sibi delatam non adquirit, *portio deficiens* seu *vacans* vocatur, quam adquirendi ceteri coniuncti ius habent. Ius alterius deficientis coniuncti portionem adquirendi vocatur *ius accrescendi a*) *in genere*. *Coniuncti* vocantur plures, quibus vnum idemque emolumentum hereditarium delatum est, quod aut proximiori aut remotiori ratione factum esse potest, adeoque coniuncti, vel in relatione ad eos spectantur, qui proximiori aliqua ratione inter se coniuncti sunt, vel in relatione ad eos, qui remotiori modo cum illis ad vnum idemque emolumentum hereditarium vocati sunt. Priori in casu *coniunctos in specie tales* adpellabimus, posteriori vero *disiuncti* in ipsis legibus *b*) nominantur. Coniuncti igitur in specie tales tunc demum adsumi possunt, si quoque in obuenienti casu disiuncti adsunt, et vice versa, indeque si omnes coniuncti eadem ratione inter se coniuncti sunt, neque coniuncti in specie tales neque disiuncti vocari possunt, sed solum manent coniuncti in genere *c*). Proximius fundamentum coniunctionis aut ex immediata legis dispositione, aut ex sermone testatoris cognoscitur.

a) Papillonivs libell *de iure accrescendi*, Paris. 1613. (in Otton. *Thes. T. IV. p 765*). G. Maiansii Diss. *de iure accrescendi* (Ei. Disp. T. 2. p. 59.). I. Heimbvrg Diss *de iure accrescendi*, Ien. 1754. I. A. Bach Diss. *de iure accrescendi*. Lips. 1754. (Ei. opusc. p 323.). I. G. Madeweis Diss. (sub praes. Westphal) *de iure accrescendi inter coheredes, interdum iure non decrescendi interdum secus*, Hal 1761. I. M. Schneidt Diss *de eo quod circa ius accrescendi sec. ius comm. et franc. iustum est*, Herbip. 1774.

b) § 8. *I. de legatis. Si eadem res duobus legata sit siue coniunctim siue disiunctim.* — — *L. vn. §. 10. C. de caduc. toll.* — *Sin vero quidam ex heredibus institutis, vel substitutis permixti, sunt et alii coniunctim, alii disiunctim* nun-

nuncupati: tunc siquidem ex coniunctis aliquis deficiat, hc omnimodo ad solos coniunctos cum suo veniat onere, id est pr parte hereditatis, quae ad eos peruenit. Sin autem ex his, qu disiunctim scripti sunt, aliquid euanescat: hoc non ad solo coniunctos, sed ad omnes tam coniunctos, quam etiam disiun ctos similiter cum suo onere pro portione hereditatis perue niat. Hoc ita tam varie, quia coniuncti quidem propter vni tatem sermonis quasi in vnum corpus redacti sunt, et partem coniunctorum sibi heredum quasi suam praeoccupant: disiuncti vero ab ipso testatoris sermone apertissime sunt discreti: vt suum quidem habeant, alienum autem non soli appetant, sed cum omnibus coheredibus suis accipiant.

c) Alii autem coniunctos, in *re*, *verbis* et *mixtim coniunctos secundum L* 89. *D. de legat.* 2. et *L.* 120. *de V. S.* diuidunt, sed ex infra dicendis (§. 647.) apparebit verbis et mixtim coniunctos in accidentalibus tantum a se inuicem discrepare, et sub coniunctis in specie comprehensos esse iure nouiori.

§. CCCCXXXVII.

Iuris accrescendi variae diuisiones.

Ius accrescendi varie diuiditur. 1. Pro diuersitate ipsorum coniunctorum vel obtinet inter coniunctos in specie tales, vel inter disiunctos. Priori in casu est *ius non decrescendi*, posteriori vero *ius accrescendi in specie tale*. 2. Pro diuersa qualitate tituli, quo emolumentum adquirendum est, vel titulo hereditatis, i. e. titulo vniuersali relictum est, vel titulo singulari. Si prius est *ius accrescendi vniuersale*, sin posterius *singulare*. 3. Pro diuersitate fundamenti vel arbitrio disponentis quaestio an? relicta est, adeo vt illud etiam prohibere possit, vel non, seu necessarie propter legis dispositionem obtinere debet. Illo in casu est *ius accrescendi voluntarium*, hoc vero *necessarium*. 4. Pro diuersitate conditionis, qua obtinet, vel sub conditione, vt coniunctus portionem sibi delatam non adqui-

quisiuerit, vel obtinet etiam in portione adquisita. Pone prius, tunc *ius accrescendi reale* seu *proprie tale* et *regulare*; pone posterius, tunc *ius accrescendi personale*, *improprie tale* et *irregulare* seu *extraordinarium* audit.

§. CCCCXXXVIII.

Quonam modo ius accrescendi inter diuersos coniunctos generatim obtineat.

Quare si coniunctus deficit, atque adeo de iure accrescendi sermo est, 1) si soli adsunt coniuncti in genere, seu eodem modo coniuncti, *ius accrescendi obtinet pro numero personarum*, adeo vt tot portiones faciendae sint, quot personae coniunctae adsunt. 2) Si coniuncti in specie tales et simul disiuncti adsunt, vel enim vnus ex coniunctis. Si prius *portio deficiens ad solos pertinet coniunctos in specie tales* exclusis disiunctis, seu *ius non decrescendi obtinet*, sin posterius ad omnes in dato casu obuenientes coniunctos portio deficiens spectat, atque adeo *ius accrescendi in specie tale obtinet*, ita tamen, vt pro numero propositionum diuisio fiat et *plures coniuncti in specie tales pro vna habeantur persona*.

THEO-

CAPVT I.

Principia specialia de delatione hereditatis.

SECTIO I.

De successione legitima seu immediata.

MEMBRVM I.

De successione legitima antiquiori.

Tit. I.

De successione legitima ciuili.

§. CCCCXXXIX.

Quaenam apud antiquos Romanos obtinuerit successio.

Antiqua succedendi apud Romanos ratio aut erat ciuilis, aut Praetoria. Ciuilis, Legibus Decemuiralibus fundata, aut ex iure sanguinis aut iure patronatus dabatur. Iure sanguinis succedebant ex triplici ordine, 1) ex ordine *suorum*, 2) ex ordine *agnatorum* et 3) ex ordine *gentilium*, adeo vt successio legitima primum esset eorum, qui in *vna domo*, ex domo autem in *familiam*, et ex familia in *gentem* transiret successio. Fundamentum atque ratio vltima huius successionis non in conseruatione familiarum *a*), sed in vinculo atque nexu potestatis communis poni debet, adeo vt illi ante omnes succederent, qui in potestate defuncti alicuius immediate,

diate, positi erant, deinde illi, qui cum defuncto in vnius communis potestate aut immediate, aut mediate, et quidem aut proximiori aut remotiori fuerunt.

a) Vt HEINECCIO aliisque visum est. Sed quum filiae et neptes et sorores succederent vna cum masculis, proprie conseruatio familiarum fundamentum successionis romanae esse non potest. G. HVGO Comm. *de fundamento successionis ab intestato ex iure Rom. antiquo et nouo*, Goett. 1785. A. F. *de* MVTACH Comm. *de fundamento successionis ab intestato apud Romanos*, Goett. 1785. I. SCHWARZKOPF Comm. *de fundamento successionis ab intestato ex iure R. antiquo et nouo*, Goett. 1785. HOFACKER Diss. *de fundamento successionis ab intestato*. Tub. 1791.

§. CCCCXL.

De successione suorum.

Primum igitur ad hereditatem defuncti vocabantur sui *heredes*, seu liberi in morientis patria potestate existentes aut exstituti, quos tempore successionis faciendae nullus adscendens antecedebat. Hi enim liberi sui in condominio quasi bonorum erant paternorum, et morte patris magis dominium continuare quam adquirere videbantur *a*). Quare non solum *liberi iam procreati*, sed et *posthumi*, non solum *liberi naturales*, sed et *adoptiui*, et non solum *liberi*, sed etiam *uxor*, quae per conuentionem in manus mariti filiafamilias facta erat, ad defuncti patrisfamilias hereditatem perueniebant. In hac autem successione suorum non sexus aut gradus praerogatiua obtinebat, sed omnes heredes sui admittebantur, ita tamen vt *suus suos ex se natos* excluderet, adeoque nepotes et neptes non admissi sint, quamdiu eorum pater adhuc viueret. Liberi autem et sui heredes vlteriorum graduum, quamuis vna

cum

cum liberis primi gradus concurrerent, tamen ean tantum portionem accipiebant, quam eorum adscen dens accepisset, si adhuc tempore hereditatis adquirendae vixisset. Quum enim inter liberos primi gradus hereditas ab initio diuideretur secundum numerum personarum, id quod dicebatur secundum *capita*, deinde portio quam demortuus accepturus fuisset, si adhuc vixisset, deuoluta est in eius descendentes, id quod dicebatur *in stirpes*.

a) *L.* 11. *D. de lib. et posth. hered.*

§. CCCCXLI.

Successio in capita, in stirpes, et in lineas.

In hereditate diuidenda vel quis iure proprio, ex sua persona portionem exigit vel ex persona alterius. Priori in casu *in capita* succedere dicuntur, posteriori vero, vel descendentes eam accipiunt ratam, quam eorum adscendens accepisset, si tempore diuisionis adhuc vixisset, vel adscendens eam portionem accipit, quam defunctus descendens accepisset, si adhuc viueret. Illo in casu *in stirpes a*), hoc autem *in lineas* eos succedere dicimus.

a) Quam successionem in stirpes etiam ius repraesentationis vocare solent, sed vid. §. 449. not. *c*. M. G. Pauli Exerc. *de iure repraesent. eiusque in Germ. origine et progressu*, Ged. 1761. C. Gmelin Diss. *historia repraesent. ex iure ciuili Rom.* Tub. 1787.

§. CCCCXLII.

De successione adgnatorum.

Deficientibus *suis* ad successionem vocabantur defuncti *adgnati* in genere, seu qui cum defuncto a stipite quodam communi nullo interueniente stipite proximiori feminino descendunt. Adgnati autem

tem in genere distinguebantur 1) ex interpretatione Prudentum in *consanguineos*, sub quibus illae comprehendebantur personae, quae cum defuncto in vnius patrisfamilias communis patria potestate fuerunt, indeque non solum *fratres* et *sorores*, sed etiam *fratres adoptiui* et *mater*, atque *nouerca*, *quae in patria potestate communis patris propter conuentionem in manus mariti fuerunt;* 2) in *adgnatos in specie tales* seu eos, qui communem superiorem stipitem cum defuncto habebant, veluti *patrui patrueles*, *fratris filii*, *fratris nepotes etc. a)* 3) in *gentiles*, qui a supremo stipite communi totius gentis cum defuncto originem traxerunt, et quidem *hi adgnati in genere secundum proximitatem gradus*, *et omnes in aequali gradu constituti in capita*, *succedebant b)*, adeo vt proximior semper excluderet remotiorem, et nulla successio collateralium in stirpes ante Iustinianum cognita fuerit. Quare etiam in successione adgnatorum generatim non ad proximitatem lineae, sed solum ad proximitatem gradus Romanos respexisse, in aprico est.

a) THEOPHIL. *Paraphr. Lib. III. tit. II. §. 1. Et patruus meus, agnatus mihi est, atque ego illi. Et nati ex duobus fratribus agnatica inter se iura habent, qui dicuntur fratres patrueles, abusiue autem consobrini. Nam consobrini proprie vocantur nati ex duabus sororibus, quasi consorini. Hac vtens regula potest quis ad plures peruenire gradus ac dicere, filium patrui mei atque ex illo nepotem, agnatos esse: et simpliciter quamdiu non vides personam feminam, quae agnationem scindat, progenitos, pronuntia agnatos.*

b) THEOPHIL. *l. c. Non vero omnes simul agnati ad defuncti patrimonium vocantur ab Lege XII., sed hi qui propiorem obtinebant gradum. Itaque si frater est, est autem et patruus, quoniam frater secundo gradu, sed patruus tertio est gradu, frater praefertur.*

§. CCCCXLIII.

§. CCCCXLIII.

De successione antiqua adscendentium.

Ex quibus patet, vocatos non fuisse 1) *liberos emancipatos* atque *non suos*, 2) *adscendentes*, 3) *cognatos*, 4) *coniuges*; sed adscendentes deinde *Iure ciuili*, ceteri autem *Iure praetorio* succedendi ius acceperunt. Quod ad *adscendentes* adtinet, vel sermo est de successione patris, vel matris. Priori in casu *pater liberis emancipatis* succedebat ab antiquissimis iam temporibus *iure patroni*, liberis autem *suis* peculium habentibus ab intestato non succedebat, neque ea bona *iure hereditatis* adquirebat, sed ea solum *iure peculii retinebat a*). Posteriori vero neque *mater liberis*, neque *liberi matri* alia ratione succedere poterant, quam *iure consanguinitatis*, si mater in manus mariti conuenerat (§. 440.). Ast deinde ex *SCti Tertulliani* sub Hadriano facti dispositione, mater *iure liberorum* subfulta, liberis succedebat, tam legitimis, quam illegitimis, naturalibus et vulgo quaesitis, si hi nullos liberos neque patrem aut patronum, neque consanguineos fratres relinquerent. Et in compensationem veluti huius SCti Tertulliani etiam *liberi* ad *matris* hereditatem intestatam *SCto Orphitiano* vocabantur.

a) *L.* 2. *D. de castr. pecul. L.* 17. *pr. D. eod.*

§. CCCCXLIV.

Vlteriores successionis adscendentium et collateralium vicissitudines.

Iure nouiori, seu Codicis, ab Imperatoribus, matribus iure liberorum non subnixis quandoque singulari ex priuilegio ius liberis succedendi indultum est *a*), quod deinde Iustinianus in perpetuum con-

conuertit modum *b*). Conſtantinus M. matri liberorum iure non gaudenti et cum patruis ceterisque adgnatis concurrenti, tertiam partem hereditatis defuncti tribuit, matri vero ius liberorum habenti, in hoc concurſu duas tertias adſignauit. Imperatores Valentinianus et Valens matri legitimo numero liberorum inſtructae, ſi cum fratribus emancipatis concurrebat, duas tertias de hereditate defuncti dederunt *d*), quae vero legitimum numerum liberorum non habebat ſolum vnam accipiebat tertiam; indeque patet, *fratres emancipatos vna cum matre admiſſos iam tunc temporis fuiſſe.* Deinde Iuſtinianus matrem praefert *e*) omnibus ceteris adgnatis, exceptis fratribus et ſororibus, ita tamen, vt mater in concurſu cum fratribus et ſororibus, aut cum ſolis fratribus aequa lance in capita ſuccederet, in concurſu autem cum ſolis ſororibus, ſemiſſem acciperet. Intuitu autem *patris* in eadem conſtitutione diſtinguit, vel filius aut filia erat tempore mortis *ſui iuris*, aut in patria poteſtate deceſſit. Priori in caſu vſumfructum ſolum accipiebat inter eum et matrem diuidendum, relicta proprietate et reliqua parte vſusfructus ſororibus atque fratribus. Poſteriori vero totam hereditatem defunctae perſonae iure vſusfructus vsque ad mortem poſſidebat, vſufructu non partito inter eum et matrem, ſed mater ſolum vna cum ſororibus et fratribus iure proprietatis ſecundum praecedentem modum ſuccedebat. Non multo autem poſt ſanxit alia Lege *f*) 1) vt in omnibus caſibus vſusfructus omnium bonorum permaneret apud parentes, 2) intuitu autem proprietatis adquirendae, vt ante omnia ſuccederent fratres ex eodem matrimonio progeniti, ſeu fratres *germani*, quibus non exiſtentibus, vocauit fratres ex aliis nuptiis procreatos, ſeu vnilaterales. Denique intuitu ſucceſſionis filiorum

rum emancipatorum postea distinguit *g*): vtru de successione in bona materna, an de aliis bor sermo esset. Priora ante omnia adsignauit fra bus ex eadem matre progenitis seu vterinis, quib deficientibus ceteri demum fratres et sorores eade habere poterant. In posterioribus autem priore seruauit succedendi modum. Tandem *Iure Nou larum* primum matri cum solis sororibus concur renti virilem tantum protionem adsignauit *h*) deinde autem fratres germanos ceteris omnib praetulit sine discrimine bonorum, hisce autem de ficientibus, materna vterinis, paterna consanguine tribuit, reliqua vero aequaliter diuidi iussit *i*).

a) *L.* 1. *C. Th. de iur. liber.* PAVLL. *sent. L. IV.* t 9. §. 9.

b) *L.* 2. *C. de iur. liberor.*

c) *L.* 1. *C. de legitim. heredit.*

d) *L.* 2. *C. Th. de legit. heredit.*

e) *L. vlt. C. ad SCt. Tertull.*

f) *L.* 11. *C. comm. success.*

g) *L.* 13. *C. de heredit. legitim.*

h) *Nou.* 22. *cap.* 47. §. 2.

i) *Nou.* 84.

Tit. II.

De successione ab intestato Praetoria.

§. CCCCXLV.

Bonorum possessio ab initio non delationem hereditatis inuoluebat, sed potius Praetores virtute imperii et iurisdictionis heredes Iure iam ciuili ad successionem ab intestato aut testamentariam vocatos.

tos, adiuuabant, ad actualem possessionem rerum hereditariarum consequendam, aut adquisitam retinendam. Deinde vero sensim paullatimque Praetores iis etiam, qui iure ciuili non vocati, sed praeteriti erant, possessionem bonorum hereditariorum dabant, quo facto nunc ipsam delationem hereditatis, seu ius hereditarium in actu primo, continebant bonorum possessiones, ita vt in eo sensu dicantur *ius persequendi et retinendi patrimonii siue rei, quae cuiusque, quam commoritur, fuit*, atque magis *iuris* quam *corporis* sint *b*). Non solum autem illis, qui iure ciuili omissi erant, sed etiam ipsis a Iure ciuili vocatis *c*) bonorum possessio Praetoria competebat, atque saepe factum est, vt hi bonorum possessionem praeferrent ipsi successioni ex iure ciuili, non, vt maiora emolumenta inde adquirerent, sed vt ambages iuris euitarent *d*). Bonorum autem possessor cum herede intuitu iurium et obligationum adquirendarum ex asse *e*) conueniebat (§. 426. 428.) in eoque tantum differt bonorum possessio ab hereditate ciuili, quod bonorum possessio ipso iure non adquiratur, sed tantum petenti detur *f*).

a) Contius Tr. *de bonorum possessione*, (in ei. *Oper.*) Duarenus Tr. *de b. p.* Lugd. 142. A. L. Homberg Diss. *de b. p. remedio nec possessoria, nec interimistico*, Marb. 1753. A. I. Turin Diss. *de bonorum possessionibus praesertim vsu earum hodierno*, Erf. 1771. C. Koch Bonorum possessio litterarisches Testaments Codicill. Giess. 1800.

b) *L.* 3. §. 2. *D. de bonor. possess.*

c) §. 1. *I. de b. p. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia, Praetor pollicetur bonorum possessionem. — Item ab intestato suos heredes et agnatos ad b. p. vocat.*

d) scil. in aditione hereditatis ex iure ciuili necessa-

 rias.

rias. Alii autem ideo tantum bonorum possessionem ex Edicto vnde liberi Praetorem introduxisse putant, ne seriem successionis interrumperet.

e) *L. 2. D. b. p. In omnibus enim vice heredum possessores habentur. L. 3. §. 9. eod.*

f) *L. 3. §. 3. D. eod. Inuito autem nemini bonorum possessio adquiritur.*

§. CCCCXLVI.

De diuisione b. p.

Bonorum possessio, vel dabatur tantum post caussae cognitionem praecedentem et post decretum eum in finem conceptum, vel absque omni caussae cognitione, solo ex edicto Praetoris. Priori in casu nominatur *decretalis*, posteriori vero *edictalis*, quae vel tunc demum conceditur, si testamentum defuncti adest, vel non, seu in hereditate intestata. Si prius, erat *bonorum possessio testamentaria*, sin posterius *intestata*, de qua solum hoc loco agendum. Ratione originis, vel bonorum possessio, vti ab initio omnes, ex edicto Praetoris orta erat, vel ex SCtis et Impp. constitutionibus, quibus nempe per modum exceptionis bonorum possessiones Praetoriae in suis speciebus dilatatae, et ad similitudinem nouae introductae sunt a Praetoribus agnoscendae *a*). Priori in specie dicitur bonorum possessio *ordinaria*, posteriori vero *extraordinaria*.

a) *L. vn. D. vt ex LL. SCtisue b. p. det. Praetor ait: vti me quaque Lege, Scto. bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo. Nunquam b. p. quae ex alia parte edicti adgnita est, impedit istam bonorum possessionem. Cum ex lege XII. tabb. quis habet hereditatem, hinc non petit, sed inde tum, quem ei heredem esse oportet: quippe cum non alias hinc competat b. p., quam si lex specialiter deferat bonorum possessionem.*

§. CCCCXLVII.

§. CCCCXLVII.

De bonorum possessionibus ab intestato earumque vsu hodierno.

Octo bonorum possessiones ab intestato Praetorias refert Imperator Instinianus *a*), easque tamen ad quatuor reduxit, scil. 1) ex edicto *vnde liberi*, 2) *vnde legitimi*, 3) *vnde cognati*, 4) *vnde vir et vxor*. Ex edicto *vnde liberi* inter ceteros liberos vocabantur liberi emancipati, tam si liberi sui non adessent, quam vna cum illis *b*). Ex edicto *vnde legitimi* vocabantur heredes Iure ciuili iam vocati (§. 445. *not. c.*). Edictum *vnde cognati* vocabat cognatos Iure ciuili praeteritos vsque ad sextum gradum, et ex septimo gradu filium filiamue sobrinos sobrinasue, interque eos etiam adgnatos capite minutos, seu emancipatos, ita tamen, vt deficientibus demum adgnatis cognati admitterentur *c*). Tandem ex edicto *vnde vir et vxor* succedebat vnus coniux alteri coniugi, si nullos plane cognatos in genere reliquerat sique vxor in manus mariti non conuenerat. Quum deinde Iustinianus omne discrimen inter suos et emancipatos, inter cognatos et adgnatos sustulerit, facile intelligimus: b. p. ex edictis *vnde liberi*, *vnde legitimi*, et *vnde cognati* hodie nullum amplius vsum habere posse, et solum edictum *vnde vir et vxor* et in illegitimis cognatis etiam *vnde cognati* (§. 465.) vsum adhuc habent.

a) *Tit. I. de bonor. possess.*

b) THEOPHIL. *Paraphr. Lib. III. Tit.* 1. §. 9. *At Praetor — dat illis* (emancipatis liberis), *bonorum possessionem vnde liberi, vocans eos ad bona defuncti, ac si quo quis tempore obiit, eos in potestate habuisset, siue soli sint, siue defunctus liberos in potestate habeat; vna enim cum iis heredes erunt.*

c) *Pr. I. de success. cognat. Post suos heredes — et post legitimos, quo numero sunt adgnati) proximos cognatos Praetor vocat. — —*

Membrvm II.

De successione recentiori.

§. CCCCXLVIII.

Successionem recentiorem *a*) eam vocare solemus, quam Imperator Iustinianus *Nou.* 118. et 127. constituit; in quibus scilicet Nouell. Imp. non quidem plane nouum succedendi rationem, sed nouam regulam in successione intestata cognatorum obseruandam constituit *b*), quum partim Ius praetorium cum Iure ciuili commiscuerit, partim regulae anteriori derogauerit. Sic 1) omne discrimen *inter liberos suos et emancipatos c*), 2) omne discrimen *inter paternam et maternam hereditatem*. 3) inter *adgnatos et cognatos in speciales d)* sustulit, denique 4) pater iure hoc recentiori *e)* nunquam *iure peculii* (§. 443.) sed semper *iure hereditatis* bona liberorum adquirit, indeque emancipati eodem iure ac liberi sui, cognati eodem iure ac adgnati fruantur, perindeque sit, siue de successione liberorum in hereditate paterna, siue materna sermo sit. Deinde *quatuor genera* ab intestato generatim succedentium facienda sunt et quidem 1) successio *cognatorum*, 2) successio *coniugum f)*, 3) *personarum priuilegiatorum* et 4) successio *fisci*, sigillatim spectari debet. Primum genus successionis iterum in *quatuor ordines g)* seu *classes* distingui debet. *Ordo* enim in materia successionis ab intestato dicitur *com-*

plexus

plexus eorum omnium qui ad successionem in dato casu simul admittuntur, exclusis reliquis, adeo vt *quousque aliquis ex priori ordine adhuc supersit, eousque nemo ex sequentibus ordinibus admittatur.*

a) S. Stryck Tr. *de successſ. ab int.* Trai. cis Viadr. 687. A. Rotgersius Commentarii *de successione legitima.* (El. *De mouſtratt*) I. C. Koch Tr. *Successio ab intestato ciuilis in suas classes noua methodo redacta,* Edit. 8ua. Giess. 1798. Siebenkees nützliches Handbuch der Intestaterbfolge. Nürnb. 1787. Strampfer (Erl. 1795.) Ludolf Glück. Abh. über die Intestaterbfolge.

b) *Nou.* 118 *praef.* — *necessarium esse perspeximus, omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque diuisione disponere: itaque prioribus legibus pro hac caussa vacantibus, de cetero ea sola seruari, quae nunc constituimus.*

c) *Nou. cit. cap.* 1. *Si quis igitur descendentium fuerit ei, quintestatus moritur, cuiuslibet naturae, aut gradus, siue ex masculorum genere, siue ex feminarum dependens, et siue suae potestatis, siue sub potestate sit: omnibus adscendentibus et ex latere cognatis praeponatur.* C G. Schepler Diss. *de iure liberorum viuis parentibus sui iuris factorum respectu successionis in bona parentum,* Hal. 1752. G. L. Boemer Diss. *de discrimine suorum et emancip.* Goett. 1766, (Elect. n. 5.)

d) *Nou. cit. c.* 4. — *Sed in omnibus successionibus adgnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, siue per femineam personam, siue per emancipationem, siue per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur.* —

e) Quum enim pater vna cum matre, immo et cum fratribus et sororibus germanis eorumque liberis primi gradus concurrat, non potest quoque non eodem iure solum hereditatis particeps fieri.

f) Quum in *Nou.* 118. Imperator solum locutus sit de successione cognatorum, nullum dubium est, quin successionem coniugum, personarum priuilegiatarum, et

et fisci, in anterioribus licet legibus constitutam, non sustulerit.

g) Imperator quidem tres solum fecit, nempe *descendentium, adscendentium* atque *collateralium*, et plerique etiam in compendiariae tractatione Imperatorem secuti sunt, sed quisque rerum intelligens facile perspiciet, secundum methodi regulas, successionem Iustinianeam secundum quatuor ordines esse proponendam, quod, quantum equidem ego scio, primum fecit Perill. Kochivs, vt ipse in Praefat. l. c. adduxit, quem postea omnes fere, merito secuti sunt, adeo vt recepta methodus iam dici possit.

h) Theophil. *Paraphr. L. III.* §. 11. *Ideo non dicendum est, qui gradu est propior, is in succedendo praefertur; ordo enim ordini praefertur, et qui prioris est ordinis, etsi gradu deficit, tamen cum ex potiori sit ordine, praecedit in succedendo. Tunc vero graduum fit comparatio, quum multae ex eodem ordine personae veniunt. Neque igitur aequalem cognationis gradum habentes semper vna vocantur, neque proximior semper praefertur.*

§. CCCCXLIX.

De primo ordine seu ordine descendentium, §. 449-455. *Speciatim de successione descendentium legitimorum.*

Ante omnes igitur ad defuncti alicuius legitimam hereditatem vocantur eius *descendentes a).* Et quidem descendentes sunt, vel legitimi, vel illegitimi. *Legitimi omnes* siue sint sui, siue emancipati (§. *praec.*) in infinitum succedunt, modo adscendentem non habeant, et portionem accipiunt aut ex propria persona aut ex praedefuncti persona (§. 441.). Namque si soli adsunt liberi primi gradus, *succedunt omnes in capita,* sin liberi primi gradus et simul liberi vlteriorum graduum, *succedunt in capita priores posteriores, vero in stirpes b),* si denique soli liberi vlteriorum graduum

etia

etiam sola successio in stirpes obtinet c). Etenim quamuis plures nepotes ex vno filio etc., hereditatem secundum capita diuidant, id tamen accidentaliter solum contingit, et re vera in stirpes tantum succedunt. Horum omnium est aequalis conditio, neque quisquam prae alio praerogatiua gaudet, neque etiam tenellus infans ratione alimentorum (des Ziehegeldes) praecipuum accipit, et licet *liberi diuersorum matrimoniorum* sint, tamen communi parenti aequaliter succedunt in ea, quae *illi propria* fuerunt, quum ea, quae solum iure vsusfructus tenebat, ad eius hereditatem plane non pertineant.

a) I. H. Feltzius Diss. *Excerpta controuersiarum illustrium de successione ab intestato quoad descendentes,* Argent. I. I. E. Pfeiffer Diss. *de successione descendentium legitima ciuili,* Marb. 1741. E. F. Mantzel Diss. *de successione descendentium ab intestato inaequali speciatim de consuetudine Gustrav.* Rost. 1740. a Leyser Spec. 421.

b) *Nou. 118. cap. 1. Sic tamen, vt si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens si viueret habuisset, quam successionem in stirpes vocauit antiquitas.* H. Coccejii Diss. *de successione nepotum,* Frf. 1696. (Ei. *Exercitat. curios. Vol. I. n.* 96.)

c) Hanc successionem descendentium in stirpes plerique etiam vocare solent ius repraesentationis, indeque etiam repraesentationem repraesentationis in hoc ordine obtinere perhibent. Nobis autem successio in stirpes et ius repraesentationis non idem est, potius ius repraesentationis in secundo et tertio ordine tantum obuenire posse putamus. Illud enim proponit in ordine quodam principium obtinere: *proximior gradu excludit remotiorem,* et contra hoc principium aliquando remotiorem admitti cum proximiori. Vnde etiam est, quod soli fratrum et sororum liberi primi

primi gradus, si cum proximioribus concurrunt, it repraesentationis succedere recte dicantur. (§. 55 not. c). I. F. Doles Diss. *de iure repraesentationis successione descendentium exule*, Lips. 1778. I. Dii (s. Hartleben) Diss. *veritas communis sententiae; potes si soli ex diuersis, stirpibus ad successionem avi concu runt in stirpes succedere contra nouiss. impugnatt. uudicat* Mogunt. 1791.

§. CCCCL.

De successione illegitimorum et quidem ex damnato coitu natorum.

Illegitimi liberi vel ex damnato coitu nati sunt vel non. Priori in casu, liberi *incestuosi* atque *adulterini*, (*sacrilegi* et ex fideli cum infideli procreati) *neque matri* adscendentibusque lineae maternae *succedunt a)* neque etiam alimenta et hereditate adscendentium exigunt *b)*. Ad incestuosos referri nequeunt *ex matrimonio putatiuo procreati*, quippe qui, qua tales coniugi, bona fide incestum ineunti, aequali ratione succedunt ac si matrimonium iustum initum fuisset *c)*, bene vero ex incestu violento procreati intuitu eius, qui vim intulit, non ratione eius, qui solam vim perpessus est. Iure Romano soli quoque ex concubitu *vxoris* cum extraneo inito procreati, adulterini erant, non autem, quos *maritus* cum alia femina procreauit *d)*; et quamuis Iure canonico et carolino etiam maritus adulterium committat, et in poenas ecclesiasticas et criminales incurrat, tamen a prohibitione criminali et ecclesiastica non recte ducitur extensio ad prohibitionem ciuilem, seu ad amissionem iurium ciuilium, praecipue quum odiosa non sint extendenda. Eandem ob rationem ex *bigamia* natos non excludimus, licet bene sciamus, Imperatorem et Pontificem non solum bigamiam

miam adulterio aequiparasse, sed etiam eam peiorem habuisse ipso adulterio. Adulterini etiam ratione vxoris non sunt, si vxor stuprum violentum perpessa est.

a) *Nou* 12. *c.* 3. *tales quoque filii nihil ex paterna substantia habebunt, neque ex materna dote. Nou.* 89. *c* 15. *Primum quidem omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium.* Ad incestum autem iuris gentium solum Imperator respexisse videtur, dum ait: — *et intra naturae terminos se continere — traditas nobis a natura legis* — eamque ob rationem sunt, qui merito hanc Iustinianeam sanctionem et exclusionem a successione ad natos ex incestu iuris diuini restringant.

b) Quamuis enim secundum *c.* 4. *X. de eo qui dux* liberi ex damnato coitu alimenta naturalia exigere possint, aperte tamen *cap. cit.* solum loquitur de parentibus viuentibus.

c) *c.* 3. 8. *X. qui filii sint legit. c.* 14. *X. eod.*

d) vid. *Systema* nostr. *Iurisprud crim* §. 222. L. MENCKEN Progr. *an partus ex marito ex concubitu cum soluta conceptus matri maternisque cognatis succedere queat*, Lipf. 1721.

§. CCCCLI.

De successione ceterorum illegitimorum, 1) *ratione patris adscendentiumque paternorum.*

Posteriori in casu, si liberi illegitimi non sint ex damnato coitu procreati, vel sunt vulgo quaesiti seu spurii *a*), vel naturales, Si prius *nec patri, etiamsi de eo fortassis constet, nec adscendentibus paternis succedunt vlla ratione.* Sin posterius, vel naturales proprie tales, vel naturales improprie tales sunt. Illo in casu *liberi naturales*, ex concubina

bina scil. procreati, *vna cum eorum matre pat. succedebant Iure romano in sextantem hereditat. intestatae, si pater nec liberos legitimos* (sub qu bus etiam adoptiui et legitimati intelligi solent) *ne uxorem legitimam relinqueret b*), et quidem dua hae vnicae inter liberos et matrem viritim diuidun tur. Hanc successionem naturalium in sextantem pa ternae hereditatis hodie multi negant *c*), propterea quod concubinatus legibus Imperii prohibitus sit. Sed rectior eorum nobis videtur sententia, qui a prohibitione criminali aut potius politiae, ad amissio nem iurium ciuilium argumentum ducere nefas pu tant. Hoc autem in casu, *naturales improprie ta les Iure Romano non succedere poterant, iure ho dierno vero naturalibus proprie talibus aequiparan tur d*). Ceterum nec *descendentibus liberorum na turalium sextans debetur*, nec *liberi naturales a scendentibus paternis succedunt. Nati ex sponsa e*), quidquid in contrarium dicant, non nisi pro natu ralibus proprie aut improprie talibus tantum, de ficiente lege prouinciali *f*) haberi possunt. Quam uis vero naturales tam proprie quam improprie tales patri non succedant, tamen a successoribus alendi sunt *g*).

a) Vulgo quaesiti, spurii quoque vocantur §. 12. *I. de nupt. — sed tales sunt — quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Vnde solent spurii appellari, quasi sine patre filii.* Sed plerumque etiam spurios appellant, quos naturales improprie tales diximus. *L.* 23. *D. de stat. hom.* — παρα την σποραν —

b) *L.* 12. *C. de nat. lib. Nou.* 89. *c.* 4. 12. I. M Rossmann Diss. *de success. concubinae si sola superstes sit*, Mogunt. 1788. C. C. Stvebel Diss. *de iure lib. illeg. succedendi in sext. bon. patern. sec. sax. LL. artem politicam et vsum fori sax.* Vit. 1795.

c) I. H. Eberhard Diss. *de successione liberorum naturalium*

lium in sextantem paternae hereditatis exule in Germania. Marb. 1764. sed postea sententiam suam quodammodo mutauit (in Ei. Kritisches Wörterbuch, 5tes Alphabeth, *p.* 147. *seq*)

d) Sunt tamen qui negent. L. G. MENCKEN Diss. *de successione liberorum naturalium in Nou.* 18. *c.* 5. *et Nou.* 89. *c.* 12. *fundata ad spurios non pertinente,* Vit. 1725. add. A. KAESTNER Comment. *an spurius ex bonis patris sextantem petere possit,* Lips. 1734. F. A. HOMMEL Pr. *de success. spuriorum secundum Nou.* 89. *c.* 12. Lips. 1740.

e) I. F. EISENHARD Diss. *de nato ex sponsa,* in (Ei. *Opusc. n.* 3). Helmst. 1750. A. R. BÜNEMANN Diss. *de sponsae partu spurio,* Goett. 1753. F. C. HARPPRECHT Diss. *de iure liberorum a desponsatis ante benedictionem sacerdotalem, nec ex postsubsecutam, procreatorum.* v. Selchow, Beweis der Filiation und Succession der Braut Kinder (Ei. Rechtsf. 2te Abthl.

f) Nempe in Germania forma ciuilis vnice poni potest in benedictione sacerdotali, qua deficiente nati non sunt legitimi. Nec matrimonium, solummodo legitimi. Nec matrimonium, solummodo legitimum, in Germania obuenit, nec *L.* 22. *C. de nuptiis* sententiam EISENHARDTI probat. In terris vero Brandenburgicis secundum *Edicta d.* 9. *Oct.* 1759 *d.* 6. *Apr.* 1765. *et* 22. *Febr.* 1778. si copula carnalis sponsalibus legitimis in scripturam redactis accessit, in contumaciam matrimonium pro plene valido declaratur.

g) *Nou.* 89. *c.* 12. *Si vero — is qui legitimos habet filios, relinquat et spurios: tametsi nihil omnino illis ab intestato volumus accedere, tamen spurios a legitimis sancimus prout decet, proque patrimonii mensura a bono viro comprobata, id quod a nostris legibus boni viri arbitratu dicitur, enutriri. Eodem hoc obseruando, et si quis vxorem habeat, et ex praemortua concubina progenitos sibi spurios filios, vt et illi exhibeantur, alanturque ab eius successoribus.*

§. CCCCLII.

2) *Ratione matris.*

Omnes liberi illegitimi siue sint naturales proprie

rias. Alii autem ideo tantum bonorum poſſeſſionem ex Edicto vnde liberi Praetorem introduxiſſe putant, ne feriem ſucceſſionis interrumperet.

e) L. 2. D. b. p. *In omnibus enim vice heredum poſſeſſore habentur.* L. 3. §. 9. eod.

f) L. 3. §. 3. D. eod. *Inuito autem nemini bonorum poſſeſſio adquiritur.*

§. CCCCXLVI.

De diuiſione b. p.

Bonorum poſſeſſio, vel dabatur tantum poſt cauſſae cognitionem praecedentem et poſt decretum eum in finem conceptum, vel absque omni cauſſae cognitione, ſolo ex edicto Praetoris. Priori in caſu nominatur *decretalis*, poſteriori vero *edictalis*, quae vel tunc demum conceditur, ſi teſtamentum defuncti adeſt, vel non, ſeu in hereditate inteſtata. Si prius, erat *bonorum poſſeſſio teſtamentaria*, ſin poſterius *inteſtata*, de qua ſolum hoc loco agendum. Ratione originis, vel bonorum poſſeſſio, vt ab initio omnes, ex edicto Praetoris orta erat, vel ex SCtis et Impp. conſtitutionibus, quibus nempe per modum exceptionis bonorum poſſeſſiones Praetoriae in ſuis ſpeciebus dilatatae, et ad ſimilitudinem nouae introductae ſunt a Praetoribus agnoſcendae a). Priori in ſpecie dicitur bonorum poſſeſſio *ordinaria*, poſteriori vero *extraordinaria*.

a) L. vn D. vt ex LL. SCtisue b. p. det. *Praetor ait: vti me quaque Lege, Scto. bonorum poſſeſſionem dare oportebit, ita dabo. Nunquam b. p. quae ex alia parte edicti adgnita eſt, impedit iſtam bonorum poſſeſſionem. Cum ex lege XII. tabb. quis habet hereditatem, hinc non petit, ſed inde tum, quem ei heredem eſſe oportet: quippe cum non alias hinc competat b. p., quam ſi lex ſpecialiter deferat bonorum poſſeſſionem.*

§. CCCCXLVII.

§. CCCCXLVII.

De bonorum possessionibus ab intestato earumque vsu hodierno.

Octo bonorum possessiones ab intestato Praetorias refert Imperator Instinianus *a*), easque tamen ad quatuor reduxit, scil. 1) ex edicto *vnde liberi,* 2) *vnde legitimi,* 3) *vnde cognati,* 4) *vnde vir et vxor.* Ex edicto *vnde liberi* inter ceteros liberos vocabantur liberi emancipati, tam si liberi sui non adessent, quam vna cum illis *b).* Ex edicto *vnde legitimi* vocabantur heredes Iure ciuili iam vocati (§. 445. *not. c.*). Edictum *vnde cognati* vocabat cognatos Iure ciuili praeteritos vsque ad sextum gradum, et ex septimo gradu filium filiamue sobrinos sobrinasue, interque eos etiam adgnatos capite minutos, seu emancipatos, ita tamen, vt deficientibus demum adgnatis cognati admitterentur *c).* Tandem ex edicto *vnde vir et vxor* succedebat vnus coniux alteri coniugi, si nullos plane cognatos in genere reliquerat sique vxor in manus mariti non conuenerat. Quum deinde Iustinianus omne discrimen inter suos et emancipatos, inter cognatos et adgnatos sustulerit, facile intelligimus: b. p. ex edictis *vnde liberi, vnde legitimi,* et *vnde cognati* hodie nullum amplius vsum habere posse, et solum edictum *vnde vir et vxor* et in illegitimis cognatis etiam *vnde cognati* (§. 465.) vsum adhuc habent.

a) Tit. I. de bonor. possess.

b) Theophil. *Paraphr. Lib. III. Tit.* 1. §. 9. *At Praetor — dat illis* (emancipatis liberis), *bonorum possessionem vnde liberi, vocans eos ad bona defuncti, ac si quo quis tempore obiit, eos in potestate habuisset, siue soli sint, siue defunctus liberos in potestate habeat; vna enim cum iis heredes erunt.*

c)

c) Pr. I. de successs. cognat. Post suos heredes — et post legitimos, quo numero sunt adgnati) proximos cognatos Praetor vocat. — —

MEMBRVM II.
De successione recentiori.

§. CCCCXLVIII.

Successionem recentiorem *a*) eam vocare solemus, quam Imperator Iustinianus *Nou.* 118. et 127. constituit; in quibus scilicet Nouell. Imp. non quidem plane nouum succedendi rationem, sed nouam regulam in successione intestata cognatorum obseruandam constituit *b*), quum partim Ius praetorium cum Iure ciuili commiscuerit, partim regulae anteriori derogauerit. Sic 1) omne discrimen *inter liberos suos et emancipatos c*), 2) omne discrimen *inter paternam et maternam hereditatem*. 3) inter *adgnatos et cognatos in speciales d)* sustulit, denique 4) pater iure hoc recentiori *e)* nunquam *iure peculii* (§. 443.) sed semper *iure hereditatis* bona liberorum adquirit, indeque emancipati eodem iure ac liberi sui, cognati eodem iure ac adgnati fruantur, perindeque sit, siue de successione liberorum in hereditate paterna, siue materna sermo sit. Deinde *quatuor genera* ab intestato generatim succedentium facienda sunt et quidem 1) successio *cognatorum*, 2) successio *coniugum f)*, 3) *personarum priuilegiatarum* et 4) successio *fisci*, sigillatim spectari debet. Primum genus successionis iterum in *quatuor ordines g)* seu *classes* distingui debet. *Ordo* enim in materia successionis ab intestato dicitur *com-*

plexus

plexus eorum omnium qui ad successionem in dato casu simul admittuntur, exclusis reliquis, adeo vt *quousque aliquis ex priori ordine adhuc supersit, eousque nemo ex sequentibus ordinibus admittatur.*

a) S. STRYCK Tr. *de success. ab int.* Trai. cis Viadr. 687. A. ROTGERSIVS Commentarii *de successione legitima.* (EI. *De monstrant*) I. C. KOCH Tr. *Successio ab intestato ciuilis in suas classes noua methodo redacta,* Edit. 8ua. Giess. 1798. Siebenkees nützliches Handbuch der Intestaterbfolge. Nürnb. 1787. - Strampfer (Erl. 1795.) Ludolf Glück. Abh. über die Intestaterbfolge.

b) *Nou.* 118 *praef.* — *necessarium esse perspexi*[illegible]*, omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque diuisione disponere: itaque prioribus legibus pro hac caussa vacantibus, de cetero ea sola seruari, quae nunc constituimus.*

c) *Nou. cit. cap.* 1. *Si quis igitur descendentium fuerit ei, quintestatus moritur, cuiuslibet naturae, aut gradus, siue ex masculorum genere, siue ex feminarum dependens, et siue suae potestatis, siue sub potestate sit: omnibus adscendentibus et ex latere cognatis praeponatur.* C G. SCHEPLER Diss. *de iure liberorum viuis parentibus sui iuris factorum respectu successionis in bona parentum,* Hal. 1752. G. L. BOEMER Diss. *de discrimine suorum et emancip.* Goett. 1766, (Elect. n. 5.)

d) *Nou. cit. c.* 4. — *Sed in omnibus successionibus adgnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, siue per feminеam personam, siue per emancipationem, siue per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur.* —

e) Quum enim pater vna cum matre, immo et cum fratribus et sororibus germanis eorumque liberis primi gradus concurrat, non potest quoque non eodem iure solum hereditatis particeps fieri.

f) Quum in *Nou.* 118. Imperator solum locutus sit de successione cognatorum, nullum dubium est, quin successionem coniugum, personarum priuilegiatarum, et

et fiſci, in anterioribus licet legibus conſtitutan non ſuſtulerit.

g) Imperator quidem tres ſolum fecit, nempe *deſce dentium, adſcendentium* atque *collateralium*, et pleriqu etiam in compendiariac tractatione Imperatorem ſe cuti ſunt, ſed quisque rerum intelligens facile pe ſpiciet, ſecundum methodi regulas, ſucceſſionem Iu ſtinianeam ſecundum quatuor ordines eſſe propo nendam, quod, quantum equidem ego ſcio, primun fecit Perill. Kochivs, vt ipſe in Praefat. l. c adduxit, quem poſtea omnes fere, merito ſecuti ſunt adeo vt recepta methodus iam dici poſſit.

h) Theophil. *Paraphr. L. III.* §. 11. *Ideo non dicen dum eſt, qui gradu eſt propior, is in ſuccedendo praefertur ordo e[illegible] ordini praefertur, et qui prioris eſt ordinis, et gradu deficit, tamen cum ex potiori ſit ordine, praecedit i ſuccedendo. Tunc vero graduum fit comparatio, quum mu tae ex eodem ordine perſonae veniunt. Neque igitur aequale cognationis gradum habentes ſemper vna vocantur, neque pr ximior ſemper praefertur.*

§. CCCCXLIX.

De primo ordine ſeu ordine deſcendentium, §. 449-455. *Speciatim de ſucceſſione deſcendentium legitimorum.*

Ante omnes igitur ad defuncti alicuius legiti mam hereditatem vocantur eius *deſcendentes a).* Et quidem deſcendentes ſunt, vel legitimi, vel illegitimi. *Legitimi omnes* ſiue ſint ſui, ſiue eman cipati (§. *praec.*) in infinitum ſuccedunt, modo adſcendentem non habeant, et portionem accipiunt aut ex propria perſona aut ex praedefuncti perſo na (§. 441.). Namque ſi ſoli adſunt liberi primi gradus, *ſuccedunt omnes in capita,* ſin liberi primi gradus et ſimul liberi vlteriorum graduum, *ſuccedunt in capita priores poſteriores, vero in ſtirpes b),* ſi denique ſoli liberi vlteriorum graduum, *etiam*

etiam sola successio in stirpes obtinet c). Etenim quamuis plures nepotes ex vno filio etc., hereditatem secundum capita diuidant, id tamen accidentaliter solum contingit, et re vera in stirpes tantum succedunt. Horum omnium est aequalis conditio, neque quisquam prae alio praerogatiua gaudet, neque etiam tenellus infans ratione alimentorum (des Ziehegeldes) praecipuum accipit, et licet *liberi diuersorum matrimoniorum* sint, tamen communi parenti aequaliter succedunt in ea, quae *illi propria* fuerunt, quum ea, quae solum iure vsusfructus tenebat, ad eius hereditatem plane non pertineant.

a) I. H. Feltzivs Diss. *Excerpta controuersiarum illustrium de successione ab intestato quoad descendentes,* Argent. I. I. E. Pfeiffer Diss. *de successione descendentium legitima ciuili,* Marb. 1741. E. F. Mantzel Diss. *de successione descendentium ab intestato inaequali speciatim de consuetudine Gustrav.* Rost. 1740. a Leyser Spec. 421.

b) *Nou.* 118. *cap.* 1. *Sic tamen, vt si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens si viueret habuisset, quam successionem in stirpes vocauit antiquitas.* H. Cocceii Diss. *de successione nepotum,* Frf. 1696. (Ei. *Exercitat, curios. Vol. I. n.* 96.)

c) Hanc successionem descendentium in stirpes plerique etiam vocare solent ius repraesentationis, indeque etiam repraesentationem repraesentationis in hoc ordine obtinere perhibent. Nobis autem successio in stirpes et ius repraesentationis non idem est, potius ius repraesentationis in secundo et tertio ordine tantum obuenire posse putamus. Illud enim proponit in ordine quodam principium obtinere: *proximior gradu excludit remotiorem,* et contra hoc principium aliquando remotiorem admitti cum proximiori. Vnde etiam est, quod soli fratrum et sororum liberi primi

primi gradus, ſi cum proximioribus concurrunt, iure repraeſentationis ſuccedere recte dicantur. (§. 598. not. c.). I. F. DOLES Diſſ. *de iure repraeſentationis in ſucceſſione deſcendentium exule*, Lipſ. 1778. I. DIEL (ſ. HARTLEBEN) Diſſ. *veritas communis ſententiae; nepotes ſi ſoli ex diuerſis, ſtirpibus ad ſucceſſionem aui concurrunt in ſtirpes ſuccedere contra nouiſſ. impugnatt. iudicata.* Mogunt. 1791.

§. CCCCL.

De ſucceſſione illegitimorum et quidem ex damnato coitu natorum.

Illegitimi liberi vel ex damnato coitu nati ſunt vel non. Priori in caſu, liberi *inceſtuoſi* atque *adulterini*, (*ſacrilegi* et ex fideli cum infideli procreati) *neque matri* adſcendentibusque lineae maternae *ſuccedunt a)* neque etiam alimenta et hereditate adſcendentium exigunt *b)*. Ad inceſtuoſos referri nequeunt *ex matrimonio putatiuo procreati*, quippe qui, qua tales coniugi, bona fide inceſtum ineunti, aequali ratione ſuccedunt ac ſi matrimonium iuſtum initum fuiſſet *c)*, bene vero ex inceſtu violento procreati intuitu eius, qui vim intulit, non ratione eius, qui ſolam vim perpeſſus eſt. Iure Romano ſoli quoque ex concubitu *vxoris* cum extraneo inito procreati, adulterini erant, non autem, quos *maritus* cum alia femina procreauit *d)*; et quamuis Iure canonico et carolino etiam maritus adulterium committat, et in poenas eccleſiaſticas et criminales incurrat, tamen a prohibitione criminali et eccleſiaſtica non recte ducitur extenſio ad prohibitionem ciuilem, ſeu ad amiſſionem iurium ciuilium, praecipue quum odioſa non ſint extendenda. Eandem ob rationem ex *bigamia* natos non excludimus, licet bene ſciamus, Imperatorem et Pontificem non ſolum bigamiam

miam adulterio aequiparasse, sed etiam eam peiorem habuisse ipso adulterio. Adulterini etiam ratione vxoris non sunt, si vxor stuprum violentum perpessa est.

a) *Nou* 12. c. 3. *tales quoque filii nihil ex paterna substantia habebunt, neque ex materna dote.* *Nou.* 89. c 15. *Primum quidem omnis, qui ex complexibus (non enim hoc vocamus nuptias) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium.* Ad incestum autem iuris gentium solum Imperator respexisse videtur, dum ait: — *et intra naturae terminos se continere* — *traditas nobis a natura legis* — eamque ob rationem sunt, qui merito hanc Iustinianeam sanctionem et exclusionem a successione ad natos ex incestu iuris diuini restringant.

b) Quamuis enim secundum c. 4. X. *de eo qui dux* liberi ex damnato coitu alimenta naturalia exigere possint, aperte tamen *cap. cit.* solum loquitur de parentibus viuentibus.

c) c. 3. 8. X. *qui filii sint legit.* c. 14. X. *eod.*

d) vid. *Systema nostr. Jurisprud crim* §. 222. L. MENCKEN Progr. *an partus ex marito ex concubitu cum soluta conceptus matri maternisque cognatis succedere queat*, Lips. 1721.

§. CCCCLI.

De successione ceterorum illegitimorum, 1) *ratione patris adscendentiumque paternorum.*

Posteriori in casu, si liberi illegitimi non sint ex damnato coitu procreati, vel sunt vulgo quaesiti seu spurii *a*), vel naturales, Si prius *nec patri, etiamsi de eo fortassis constet, nec adscendentibus paternis succedunt vlla ratione.* Sin posterius, vel naturales proprie tales, vel naturales improprie tales sunt. Illo in casu *liberi naturales*, ex concubina

lium in sextantem paternae hereditatis exule in Germania. Marb. 1764. sed postea sententiam suam quodammodo mutauit (in Ei. Kritisches Wörterbuch, stes Alphabeth, *p.* 147. *seq*)

d) Sunt tamen qui negent. L. G. Mencken Diss. *de successione liberorum naturalium in Nou.* 18. *c.* 5. *et Nou.* 89. *c.* 12. *fundata ad spurios non pertinente,* Vit. 1725. add. A. Kaestner Comment. *an spurius ex bonis patris sextantem petere possit,* Lips. 1734. F. A. Hommel Pr. *de success. spuriorum secundum Nou.* 89. *c.* 12. Lips. 1740.

e) I. F. Eisenhard Diss. *de nato ex sponsa,* in (Ei. *Opusc. n.* 3). Helmst. 1750. A. R. Bünemann Diss. *de sponsae partu spurio,* Goett. 1753. F. C. Harpprecht Diss. *de iure liberorum a desponsatis ante benedictionem sacerdotalem, nec ex postsubsecutam, procreatorum.* *v.* Selchow, Beweis der Filiation und Succession der Braut Kinder (Ei. Rechtsf. 2te Abthl.

f) Nempe in Germania forma ciuilis vnice poni potest in benedictione sacerdotali, qua deficiente nati non sunt legitimi. Nec matrimonium, solummodo legitimi. Nec matrimonium, solummodo legitimum, in Germania obuenit, nec *L.* 22. *C. de nuptiis* sententiam Eisenhardti probat. In terris vero Brandenburgicis secundum *Edicta d.* 9. *Oct.* 1759. *d.* 6. *Apr.* 1765. *et* 22. *Febr.* 1778. si copula carnalis sponsalibus legitimis in scripturam redactis accessit, in contumaciam matrimonium pro plene valido declaratur.

g) *Nou.* 89. *c.* 12. *Si vero — is qui legitimos habet filios, relinquat et spurios: tametsi nihil omnino illis ab intestato volumus accedere, tamen spurios a legitimis sancimus prout decet, proque patrimonii mensura a bono viro comprobata, id quod a nostris legibus boni viri arbitratu dicitur, enutriri. Eodem hoc obseruando, et si quis vxorem habeat, et ex praemortua concubina progenitos sibi spurios filios, vt et illi exhibeantur, alanturque ab eius successoribus.*

§. CCCCLII.

2) *Ratione matris.*

Omnes liberi illegitimi siue sint naturales proprie

prie tales, siue naturales improprie tales, siue d nique vulgo quaesiti, *matri adscendentibusque m. ternis eadem ratione, ac liberi legitimi, et vna cu illis succedunt a*) praeterquam quod in Iure rom no ratione *vulgo quaesitorum* constitutum sit, vt l matri illustri succedere non debeant, si ea libero legitimos reliquerit *b*). Illustres erant tempor Iustiniani Praefecti Praetorio, Quaestores palatii primi ordinis Senatores etc. quod hodie non pro prie adplicari potest in Germ., attamen plerumque etiam ad matrem ex Iuris germanici significatu illu strem, adplicatur, non vero ad nobilem inferiorem.

a) G. Anckelmann Diss. *de successione ab intestato libe rum naturalium et spuriorum in bonis matris eiusque coll teralium*, Goett. 1704.

b) *L.* 5. *C. ad SCt. Orfit. Sancimus itaque, vt neque ex test mento, neque ab intestato, neque ex liberalitate inter vi. habita, iustis liberis existentibus, aliquid penitus ab illustrib matribus ad spurios peruenerint: cum in mulieribus ingen et illustribus, (quibus castitatis obseruato praecipuum debitu est) nominari spurios satis iniuriosum satisque acerbum, e nostris temporibus indignum esse iudicemus. Et hanc lege ipsi pudicitiae quam semper colendam censemus merito dedic mus. Siti autem concubina liberae conditionis constituta filiu vel filiam ex licita consuetudine ab homine libero habita pr creauerit; eos etiam cum legitimis liberis ad materna veni bona, quae iure legitimo in suo patrimonio possidet, nulla d bitatio est.*

§. CCCCLIII.

De successione legitimatorum.

Sermo solum hic est de plene legitimatis, quum legitimationi minus plenae ius successionis nunquam tribuatur. Legitimati igitur, vel per subsequens matrimonium, vel rescriptum principis legitimati sunt. Priori in casu *eadem ratione ac li-* *beri*

beri legitimi patri et matri succedunt, siue liberi antea legitime nati adsint, siue non. Posteriori vero *liberi legitime antea nati portionem legitimam praecipuam b) accipiunt vsu fori c), in reliquis vero aequaliter succedunt.*

a) *L.* 12. *C. de nat. lib. N.* 12. *c. f. N.* 74. *c.* 1. *N.* 89. *c.* 8.

b) G. S. Madihn Diss. *de legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis*, Hal. 1755. G. P. Kohl Diss. *de succ. ab int. per rescript. legitimatorum extantibus liberis legitimis.* Goett. 1801.

c) Quum enim Iure Romano nulla legitimatio per rescriptum principis admitteretur, si liberi legitime ante legitimationem iam nati adessent, *Iure* autem *hodierno* legitimatio subsequens per rescriptum etiam tunc admittatur, licet liberi legitimi iam adsint, etiam principium inualuit vsu hodierno: per subsequentem legitimationem ius liberorum ex Iure romano in debitam legitimam quaesitum restringi non posse. Tota vero res redit ad probationem vsus hodierni, quum proprie ius liberorum in legitimam *viuentis* quaesitum dici nequeat (§. 558) neque instar donationis inofficiosae eiusmodi legitimatio haberi possit.

§. CCCCLIV.

De successione liberorum adoptiuorum.

Imperfecte et *minus plene* tam a masculo quam a femina *adoptati*, neque iterum emancipati, succedunt soli adoptanti, non autem alii coniugi, neque adoptantis adscendentibus *a). Perfecte adoptati* quidem adoptanti et adscendentibus masculis, non autem adoptantis matri et auiae, neque vxori adoptantis eiusque adscendentibus succedunt. Si vero *iterum emancipati* sunt, adoptanti non succedunt *b)*, quamuis in vtroque casu semper parentibus naturalibus succedant, propterea, quod per adopti-

adoptionem a patre naturali emancipati idem i[n] successionis retinuerint (§. 448. n 1.). *Arroga[ti]* eadem ratione ac perfecte adoptati succedunt *c)*.

a) L. 10. §. 1. 2. C. de adopt. Et ideo sancimus, etsi habe[at] huiusmodi filius iura integra naturae, attamen, si intestat[o] pater extraneus adoptiuus decesserit, habere eum etiam sui he-redis ius ad eius tantummodo successionem; vt non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptiui habeat. — Sin autem per emancipationem iura adoptiua fuerint disso-ta: tunc nullus ei penitus regressus ad adoptiuum extraneum patrem, etsi moriatur intestatus, relinquatur. Sed maneat tan-tummodo patrem naturalem cognoscens tamquam non fuisse ab initio in adoptionem translatus.

b) Licet enim *Nou.* 118. discrimen inter emancipat[os] et suos sublatum sit, id tamen solum ratione *patris naturalis* factum est, cui accedit, quod a patre adopti-uo iterum emancipatus neque bonorum possessionem Iure anteriori habuerit.

c) Diss. nostra de quarta D. Pii eiusque iure bodierno. §. 6.

§. CCCCLV.

De successione descendentium sec. I. Germ. remissiue.

Haec erant principia iuris romani de succes-sione descendentium, in qua, vt vidimus (§. 449.) nulli eorum aliquid praecipui debetur. Sed *Iur[e] germanico* descendentes masculi, *res expeditorias*, (das Heergeräthe, Heergevette,) *a)* et descendentes feminini sexus, *res vtensiles*, (Gerade) *b)* praeci-piunt, eademque successio in puibusdam vrbibus Brandenburgicis retenta est *c)*. Secundum *const[it.] Ioachimicam d)* vltra nepotes et neptes in stir-pes non succedebatur, sed proximior exclude-bat remotiorem, quod tamen postea sublatum ite-rum est *e)*.

a) Iure Saxon. das beste Pferd, das beste Schwerd, eine gül-den

dene Kette, ein Heerpfuhl, ein Tischtuch, eine Handquell, einen Heer oder Fischkessel. Cf. Pr. Gsb. 2. Th. *Tit. I.* §. 503. G. Barth ausf. Bericht von der Gerade so wohl insgemein, als auch insonderheit von Fürstl. Gräfl. und deren von Ritters Art Wittben, Fräul. Gerechtigk., als nehmlich von der Gerade, Leibgeding, Morgengabe und Mußtheil, dann ferner noch vom Heerger. Leipz. 1721. G. A. Hoffmann ausf. Beschr. der Gerade und des Heergevettes in Ober- und Niedersl. Leipz. 1733. F. H. Kersten von der gesetzl. Erbf. deren Heergeräthe und der Gerade, Altenb. 1756. 1786.

b) G. Schmuck meth. tract. *de geradae nomine, etymol. origine, historia, iure, definitione et fine*, P. I. Lipſ. 1721. I. B. Wernher Diſſ. *Errores fori circa bona vtensilia vxori a marito tradita emendati*, Vit. 1734. I. C. Falcke (Praeſ. C. F. Pohl) Diſſ. *de canonicis Protestantium successionis in res vtensiles maternas exsortibus*, Lipſ. 1785.

c) v. c. Sedini de qua re vide Beyträge z. d. jurist. Litt. Erste Zugabe z. 6ten Abschnitt von der Stettinschen Gerade und dem Heergevette 2c. *Zullichouii, Soltquellae, Ducat. Magdeb. Mind. Friſ orient. Pomeran.* vid. et Conſtit. für die Rittersch. der Neumark Sternberg, wie mit Verpfändung und Veräußerung der adel. Güter 2c. (d. d. 14. Aug. 1724.) P. 2. §. 38.

d) §. 4. Jn den andern absteigenden Erben nach dem Kind und Kindeskindern nimpt das Erbe der nechst im Gerade und hat bey derselben fürder die Gnade des Rechten, als daß Kinder in ihrer Eltern Stelle treten sollen, keine statt.

e) per *Ord. Cameral.* I. Georgii *P. III. tit.* 2. lebten auch unter ihnen Kindeskinder, welche pronepotes genannt werden, dieselben gehen statt ihrer Eltern in stirpes mit andern zur Theilung, also gehen doch auch in stirpes zu gleicher Theilung die Kindeskinder mit den Kindes Kindes Kindern, welche man abnepotes nennt.

§. CCCCLVI.

De successione secundae classis.

In secundo ordine non solum obveniunt 1) *adscendentes*, sed vna cum illis vocantur 2) *fratres*

 et

et ſorores bilaterales 3) *eorumque earumque p defunctorum praedefunctarumue liberi primi dus a).* Quod Iuſtinianus fratres et ſorores teralcs adſcendentibus aequiparauerit, atque fra germanos praetulerit vnilateralibus, id quidem antea conſtitutum erat (§. 444.), ſed noua pl ratione tam *Nou.* 118. fratrum bilateralium pr mortuorum liberos primi gradus vna cum fratrit et ſororibus germanis admiſit, quam etiam *Nou.* 1: conſtituit, vt hi fratrum ſororumque praedefu ctorum praedefunctarumue liberi primi grad quoque vna cum adſcendentibus admitterentu quibuscum igitur concurrunt *b).* Et quum in ſu ceſſione adſcendentium et collateralium ſemp proximior remotiorem excluſerit, valde prorſus regula aberrat, quod praedefuncti fratris filii p tris locum occupent, illumque adeo *repraeſente* (§. 449. *not. c.*), quapropter etiam hoc ius r praeſentationis vltra caſum exceptum minime exte di poteſt. Si igitur omnes in hoc ordine poſi ſimul adſunt, *adſcendentes et fratres atque ſoror bilaterales ſuccedunt in capita, fratrum vero atq ſororum liberi primi gradus in ſtirpes.*

a) P. W. Schmidt Diſſ. *de ſucc. collat. ab int. vna c adſc.* Ien. 1755.

b) *Nou.* 117. *c.* 1. *ſancimus, vt ſi quis moriens relinquat a ſcendentium aliquem et fratres, qui poſſint cum parentib vocari, et alterius praemortui fratris filios: cum adſcenden bus et fratribus vocentur etiam praemortui fratris filii, tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat p ter accipere, ſi vixiſſet. — Et abſolute dicimus: ordine quando cum ſolis vocantur fratribus, eundem eos habere iub mus, et quando cum fratribus vocantur aliqui adſcendenti ad hereditatem.*

§. CCCCLVII

§. CCCCLVII.

De successione adscendentium sigillatim.

In successione adscendentium *a)* 1) *proximior cludit remotiorem*, tam *si soli adsunt adscenden-*·, quam *in concursu cum aliis in hoc ordine sitis*, adeoque patre existente auus maternus, v. v. non admittitur, neque adeo adscendens re- ɔtior in praedefuncti sui descendentis locum sub- ɛrat, consequenter ius repraesentationis in adscen- ntibus penitus exulat, licet 2) *plures vlteriores 'scendentes aequali gradu constituti*, si soli exi- int, nec cum aliis concurrunt, *in lineas succedant* . 441.); atque adeo praemortuo patre atque atre, auus maternus defunctae suae filiae, e con- ı auus et auia paternae lineae defuncti sui filii ɪrtionem accipiant, et sic porro, 3) *adscenden- s autem propiores in concursu semper in capita ccedunt* (§. *praec.*), 4) *regulariter adscendentes ccedunt descendentibus, qui illis succedere possunt* ¡. 450. *seqq.)*, indeque 5) *adscendentes legiti- i* a natiuitate aut postea facti, *suis descendenti- is legitimis succedunt*, idemque valet de *paren- bus in matrimonio putatiuo constitutis* (§. 450.)) parentes non succedunt *incestuosis atque adulte- nis*, bene vero 7) *mater maternique adscenden- s ceteris omnibus suis de scendentibus illegiti- is b)*, sed *pater* 8) *paternique adscendentes* gulariter *liberis illegitimis non succedere possunt*, si quod 9) *pater ex hereditate filii naturalis ndem* (§. 451.) *sextantem petere possit*, *si fi- us nullam legimam prolem atque vxorem reli- uit d)*. Quum peculium profectitium ad here- ɪtatem filii non pertineat, non quoque dici otest, patrem illud praecipere, neque etiam atri vsusfructus peculii aduentitii ad dies vitae

 debetur

debetur *e*). Ad originem bonorum quoque adtenditur *f*). *Imperfecte adoptatis* adoptantes succedunt (§. 454. *not. a.*), bene vero *perf. adoptatis*, vbi cum parentibus naturalibus c currere videntur.

a) I. Tielemann Tr. *de succ. asc. tam in allodia quam feudalibus*, Rintel. 1643. 1650. Lugd. Bat. 16 1663. I. H. Feltz. Diss. *controuersiae aliquot a successionem ab intestato quoad adscendentes et later* Arg. 1714.

b) De plena legitimatione sermo solum est. Nam nus plena iura familiarum non tribuit (§. 453.).

c) Indeque etiam pater *nato ex sponsa*, non succe nostra ex sententia. (§. 451.) A. Kaestner D *an pater ad successionem filii post proclamationem e sugg publicam nati, ante copulam sacerdotalem autem mortui, admittendus?* Lips. 1739.

d) Nou. 80. *cap.* 13. *In quibus casibus naturales filios cauimus ad successionem, in iis quoque et ipsi decentem ralibus patribus deuotionem seruent, eademque mensura, parentes prospiciunt naturalibus filiis secundum nostram le et ipsi parentibus compensent siue in successionibus, siue meutis, sicut superius sanciuimus.*

e) *L.* 7. *C. ad Sct. Tertul.* (§. 444. *not. e.*) enim Nou. 118. c. 2. sublata est. Ait enim Imp. — *lum vsum ex filiorum aut filiarum portione in casu valente patre sibi penitus vindicare.* D. Hoheisel Diss. *de vsufr. patris in peculio rorum aduent. mortuis liberis finito.* Hal. 1729. quamuis verba clarissima sint, sunt tamen in *L.* 7. *C.* persistant, vt Stryck. *tr. de success. intest. diss.* 2. §. 25. Medit. n. 79.

f) P. W. Schmid. Diss. *de diuersitate bonorum in su ab int. adsc. et iure rom. germ. non attendenda.* Ien. 17 Medit. *n.* 76.

§. CCCCLVII

§. CCCCLVIII.

'e successione fratrum atque sororum eorumque liberorum primi gradus speciatim.

Fratres et *sorores bilaterales* siue soli existant, ıe cum aliis in hoc ordine vocatis concurrant, mper *in capita succedunt. Eorum* autem *earum- ıe liberi primi gradus*, si cum adscendentibus aut atribus et sororibus concurrunt, *in stirpes*, si au- m soli adsunt, *in capita* hereditatem diuidunt. rius expresse dispofuit Imperator (§. 456. *not. b.*), ꞔ posteriori autem nihil dixit, sed ita euincitur. ırc ante Nouellas in omni successione adgnato- ım et collateralium solum obtinebat successio in ıpita (§. 442.), adeoque et fratrum filii tunc :mporis semper in capita successerunt. Imperator ıtem per modum exceptionis ab hac regula libe- ɔs primi gradus fratrum germanorum solummo- o in stirpes succedere debere iussit, si cum ad- :cendentibus aut ipsis fratribus defuncti concurre- ꞔnt, adeoque si soli adsunt, secundum genera ꞔm regulam non sublatam, succedere debent *a*). i tempore mortis frater aut adscendens et prae- ıortuorum fratrum liberi adfuerunt, frater au- ꞔm ante aditionem decesserit, aut hereditatem epudiauerit, fratrum liberi solum in stripes suc- edunt *b*).

) Sed quum id quibusdam antea dubium visum fuerit, propterea, quod fratrum bilateralium liberis primi gradus, si proximiores v. c. fratres vnilaterales aut aeque proximos. scil. fratrum vnilateralium liberos primi gradus, praecedere vellent, opus esset iure repraesentationis, adeoque eorum parentum locum occupare deberent, tota controuersia quam maxime inter DD. agitata sopita est per Constit. Imperial. *d. d.* 23. *April* 1529. verbis: „daß wir dem„nach

„nach als R. K gemeinen Nutz zu gut, solchen Zank „künftige Rechtfertigung und daraus fließenden Unra„zu für kommen — und setzen also: Wenn einer „testirt abstirbet, und nach ihm kein Bruder „Schwester Kinder in ungleicher Zahl verlässet, „alsdenn dieselben seines Bruders oder Schwester K„der in die Häupter und nicht in die Stamm er„und den verstorbenen ihrer Vater oder Mutter Bru„der eines zu succediren zugelassen werden sollen." Nibilominus tamen sententiem contrariam postea defendere ausus est P. I. HEISLER in Diss. *de fratrum germanorum liberis siue cum fratre defuncti vnilaterali siue cum fratris vnilateralis filiis siue cum thiis defuncti concurrant secundum Nou.* 118. *c.* 3. *iure repraesentationis in stirpes succedentibus*, Hal. 1775. negatque constitutionem cit. de omni casu loqui, vbi soli liberi primi gradus adsint, sed potius intelligendam esse de eo casu quo defunctus etiam nullos fratres vnilaterales reliquerit Attamen contrarium iam ex eo adparet quod hac decisione totam controuersiam dirimere voluerit Imp. neque coexistentia fratris vnilateralis in censum venire, et rem mutare potest, quoniam is semper a fratrum liberis excluditur, neque adeo dici potest, eum cum ipsis fratrum liberis *concurrere*. Entsch. der GCom. v. 13. Dec. 1782. „daß bey einer „Collateralerbfolge germanorum liberi existente fratre „vnilat. in capita succediren." (Jrst. Beytr. zur Samml. p. 76.) In quibus prouinciis successio in stirpes obtineat, recenset Jrst. Beytr. 3te Samml. p. 10. Nouam dispositionem vid. Gesb. 2 Th. 3 Tit. §. 37. seq. G. F. DEINLINVS Diss. *de dubiis quibusdam in succ. ab int. collateralium in capita secundum regulam*, so viel Mund so viel Pfund, Alt. 1743. a LEYSER *Spec.* 422. I. G. IORDAN Diss. *de vera natura iuris repraesentationis in success. collateralium ab int.*, Berol. 1763. C. A. GUENTHER Diss. *de iure repraesentationis in linea collaterali ob Rec. Imp. de* 1529. *Lusat. sibi obuio.* Lips. 1786.

b) Quod nunc mihi rectius videtur postquam legi V. I. GLUECKII Comm. *de fratr. germ. liberis* eo casu *vii ab initio frater defuncti germ. adfuit — ex iure re*

prae

praesentationis in stirpes succedentibus. (Ei. opusc. Fasc. 4. p. 151.)

§. CCCCLIX.

De successione tertiae classis.

Iam si nemo ex secundo ordine superest, sequuntur ex *tertio ordine*, scil. *fratres et sorores unilaterales a*) siue sint *consanguinei* siue *uterini eorumque earumque praemortuorum praemortuarumque liberi primi gradus*, et quidem *fratres et sorores vnilaterales in capita*, *eorum autem liberi primi gradus, in concursu, in stirpes, extra concursum, in capita b*) succedunt. Quamuis communis schola DD. ad originem et qualitatem bonorum respiciendum esse defendat, ita nempe, vt *uterini materna*, *consanguinei paterna* praecipiant, in *reliquis* vero aequaliter succedant, id tamen post *Nou.* 118. obtinere non amplius posse, nostra quidem est opinio *c*). Secundum ius Sax. ius repraesentationis non obtinet, sed proximior indistincte succedit, ita tamen, vt tam iure Sax., quam iure Lubec. valeat paroemia: **die halbe Geburt tritt einen Grad zurück**, seu **das halbe Glied gehet zurück.**

a) S. F. Willenberg Diss. *de success. vnilateralium int.* (in *Disc. Ei. iur. n.* 30.). C. H. Horn Diss. *de iuribus uterinorum.*

b) Eadem ratione ac in secundo ordine, etiamsi aeque proximiores coexistant. C. Muelberger Diss. *de praemortuorum fratrum filiis in successione ab intestato cum patruo defuncti concurrentibus*, Arg. 1767. I. G. Krause Diss. *de fratre vnilaterali defuncti materteram in terris Iur. Saxon. communis excludente*, Vit. 1735.

c) Verum est, communem sententiam in *Nou.* 84. esse fundatam (Meditt. s. R. n. 34.), sed ea solum repetit.

petit. *L.* 13. §. 2. *C. de legit. hered.* quae discrime adhuc inter cognatos et adgnatos praeponit, vt ve ex eo cognosci potest, quod *L. cit.* 13. de succession in bona fratris emancipati solum loquatur. Qu vero differentia *penitus* sublata (§. 448. *not. d.*), eti am hodie ad originem bonorum respici amplius ne quit. Cui accedit, quod Iustinianus *Nou.* 118. fra trum liberos simul admiserit, nullaque ratione de hac separatione bonorum quidquam potius clare de clarauerit: *de cetero ea sola seruari, quae nunc constitu mus.* Nobiscum sentiunt KOCH, VOET. HVBER ROTGERS, aliique. Neque secundum vulgarem opinionem separatio bonorum adtenditur, si so fratrum liberi succedunt, neque etiam ad bona a paternis et maternis cognatis oriunda, extend debet.

§. CCCCLX.

Quinam ad consanguineos et vterinos referri debent.

Ad *consanguineos* propri solum pertinent, qu ab vno patre in iustis nuptiis procreati sunt, ad eos tamen referuntur eodemque iure succedunt 1) *a patre plene adoptati*, 2) *ad instantiam pa tris plene per rescriptum principis legitimati*, non vero *naturales a*) v. c. ab vno patre cum duo bus concubinis procreati. Ad *vterinos* autem pertinent *omnes, qui ex eadem matre nati sunt*, qui sibi inuicem succedunt *b*), siue sint legitimi, siue illegitimi, siue naturales proprie tales, siue improprie ta les, siue vulgo quaesiti, non tamen adulterini et incestuosi, et minus plene a matre adoptat (§. 454.), nec etiam vulgo quaesitus ex matre illustri (§. 442.), fratri suo vterino legitimo alia ratione succedere potest, quam deficientibus aliis fratribus legitimis.

a) Nam

a) Nam nec adgnationis nec cognationis habent ius, qui tantum communem patrem agnoscunt. Non adgnationis ius, qui adgnatio ex solis iustis nuptiis oritur, (not. seq.) non cognationis, quia per matrem solum, non per patrem ea adquiritur. Et ita non solum fratribus naturales legitime natis non succedunt, sed etiam nec sibi inuicem succedere possunt, si diuersas matres habent.

b) *L. 2. D. vnde cognat. Itaque etiam vulgo quaesiti liberi matris, et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se, ex hac parte bonorum possessionem petere possunt, quia sunt inuicem sibi cognati. L. 4. eod. Si spurius intestato decesserit, iure consanguinitatis aut adgnationis hereditas eius ad nullum pertinet: quia consanguinitatis, itemque adgnationis iura a patre oriuntur. Proximitatis autem nomine mater eius, aut frater eadem matre natus, bonorum possessionem eius ex edicto petere potest.*

§. CCCCLXI.

De quarto ordine succedentium ab intestato.

In hoc ordine *omnes ceteri cognati* positi sunt, qui vel vnquam cum defuncto stipitem communem habent, atque in anterioribus ordinibus vocati non sunt, et quidem secundum has regulas 1) *proximior gradu excludit remotiorem*, et 2) *plures in aequali gradu positi succedunt in capita*, nunquam in stirpes. Ex quibus adparet: in hoc ordine silentibus legibus non respiciendum esse 1) *ad duplicitatem vinculi a)*, 2) neque *ad originem bonorum* respiciendum, 3) neque *ius repraesentationis b)* in hoc ordine obtinere,

a) STRYCKIVS tamen LVDOVICI et alii in eo casu, si consobrini succedunt, et vnus ex vtroque, et alter ex vno saltem parente coniunctus est, illi, propter duplicitatem vinculi sanguinis duas, huic vero, solum vnam tertiam adsignant. Sed neque in *L. 3. et seq. D de adopt.* tale quidquam reperitur, neque etiam ius

ius singulare vltra casum determinatum extendi potest. Inprimis vero duplicitatem vinculi defendit KROHNIVS contradicentibus aliis, cuius controuersiae historiam sic describit SCHOTTIVS in *Supplem. Bibl. Iurid.* p. 456. I. G. KROHNIVS Versuch, die Lehre von dem Vorrechte der vollen Geb. vor der halben in Erbschaftsf. nach den in Deutschl. übl. Rechten u. Statuten aus zulänglichen Gründen in Richtigkeit zu bringen, Lüb. 1746. Huic opposuit I. C. BACKMEISTERVS Widerlegung des Versuchs die Lehre ꝛc., quod quidem scriptum initio, non nisi manu exaratum in manibus versabatur. Tum quidem KROHNIVS non solum reponebat: Weitere Ausf. des Vers. die Lehre ꝛc. Lüb. 1748. sed etiam sua aeque ac aduersarii, scripta iunctim edebat sub titulo: Abh. v. d. Vorrechte der vollen Geb. vor der halben in Erbschaftsfällen mit den dabei gemachten Einw. Lüb. 1748. Cum autem BACKMEISTERVS ipse scriptum suum multis obseruationibus auctum edidisset, hac inscriptione: Abh. v. d. R. der vollen und halben Geburt, zu einer Prüfung des zu Lübeck herausgek. Vers. ꝛc. Hannov. 1747. KROHNIVS regessit: Anh. zur Abh. v. R. der vollen Geb. vor der halben in Erbschaftsf. Lüb. 1749. Postea pro BACKMEISTERI sententia inprimis pronunciarunt PVFENDORFIVS in *Obs. Iur. Vniu. T. II. Obs.* 193. ENGELBRECHTVS in *Obs. P. II. Obs.* et v. Cramer: ob und in wie weit die volle Geburt vor der halben ein Vorr. bey der Erbfolge habe. in Ei. Wetzl. N. P. VI. p. 84.

b) *Constit. Ioachim.* Von der Sayten Linie. §. 5. „Nach Brüder und Brüder Kinder von voller oder halber Geburth, so die nicht vorhanden sein: alsdenn und nicht ehe kommen die Vettern und seiten halb gesipten: also daß der nechste im Grade den andern allen vorgezogen werde; unter denselben auch fürder keine Gnade des Rechten als den Kindern an irer Eltern Stelle zu treten gegönnt wird: besonder der nechst im Grade nimpt das Erbe allein, oder wo ire mehr, dann einer im gleichen Grade sein, nemen sie das Erbe mit einander zugleich nach den Heuptern."

§. CCCCLXII.

§. CCCCLXII.

Qui ad quartam claſſem pertinent.

Ex ſuperioribus hic repeti debet, 1) *ſpurios, vulgo quaeſitos, eorumque liberos, omnibus cognatis maternis ſuccedere,* ſiue ſoli adſint, ſiue cum legitimis cognatis concurrant, 2) *ſpurios* vero et *vulgo quaeſitos non ſuccedere patris cognatis, neque hos illis,* 3) *adulterinos* et *inceſtuoſos neque paternis neque maternis cognatis ſuccedere* (§. 450.), 4) *per ſubſequens matrimonium legitimates* tam matris quam patris cognatis, *legitimatos* autem *per reſcriptum principis* eius ſolum cognatis ſuccedere, ad cuius inſtantiam legitimatio facta eſt; 5) *plene adoptatos* ſuccedere patris tantum cognatis (§. 464). 6) Vbi *hereotum* et *gerada* obtinet, etiam in ſecundo, tertio, et hoc quarto ordine, determinatis (§. 455.) perſonis debetur. Denique 7) *adfinium a*) nulla eſt ſucceſſio.

a) *L. 7. C. commun. de ſucceſſion. Adfinitatis iure nulla ſucceſſio permittitur. L. 3. C. eod. Vitrico priuigni ſucceſſionem inteſtatam ciuili, iure non deberi, certiſſimum eſt.*

§. CCCCLXIII.

Ex hactenus dictis quaeſtio nunc decidi poteſt, num ſucceſſio Iuris romani ſit *gradualis,* nec ne. Gradualis nominatur ea, in qua principium obtinet: *proximior de gradu excludit remotiorem.* Quamuis autem negari non poſſit, in quarto ordine hoc principium vtramque facere paginam, tamen in primo ordine in totum ceſſat, et in ſecundo et tertio ordine, remotiores fratrum liberis quidem non admittuntur, attamen non ſolum hi, vna cum proximioribus admittuntur, ſed quandoque

que proximiores aut aeque proximos excludunt. Tota igitur res redit ad ordines constitutos, et superiori doctrina exantlatos. Si vero in genere gradualis opponitur *lineali*, tunc omnino dicendum est, successionem romanam, non linealem, sed gradualem esse.

§. CCCCLXIV.

Quinam cognati non succedunt.

Sunt cognati qui contra regulam et vi priuilegii odiosi, successionis incapaces sunt, horumque numero sunt. 1) *Apostatae* (§. 516. *not. c.*) et *Iudaei a*) 2) *heretici b*), 3) *filii perduellium* (§. 520. *not. c.*) 4) *liberi ceterique cognati furiosum negligentes* (§. 549. *n.* 12.) 5) *liberi parentes captiuos non redimentes* (§. *cit. n.* 13.) 6) *qui aliquem testari prohibuerunt* (§. 511. *not. a*) 7) *qui viuentis bona donauit c*) 8) *Monachi d*) sec. Ius can.

a) I. A. DITTERICH Diss. *de Iudaeo fratri suo ad fidem Christianam conuerso ab int. haud succedente.* Bamb. 1766.

b) *L.* 19. *C. de hered. et manich.*

c) *L.* 2. *D. de his quae vt indign. L.* 29. §. 2. *D. de donat.* (§. 607. *not. b.*).

d) *An princeps Imperii catholicus monasteria ab adquisitione hereditatis per professos excludere queat.* 1750.

§. CCCCLXV.

De successione coniugum.

Successio coniugum Iuris romani duplex est, aut Praetoria aut Iustinianea. Prior locum habet, si defunctus coniux neminem ex cognatis reliquit, in quo casu superstes coniux omnia bona defuncti capit ex edicto *vnde vir et vxor a*) (§. 447.).

Quare

Quare in hac successione nihil interest, vtrum superstes coniux sit vxor, an maritus. Et quum haec bonorum possessio ab intestato a Iustiniano Iure Nouellarum non sit sublata, potius Iure Codicis *b*) repetita, dubitari quoque non potest, quin ea et hodie in Germania obtinere debeat. Ceterum non est, quod moneamus, *sponsas* nunquam iure successionis gaudere, neque etiam sponsalia de praesenti post decreta Concilii Tridentini in Germania efficere vxorem, bene tamen, quae in contumaciam, aut propter praematuram mortem pro vxore declarata est (§. 451. *not. f.*). Coniux superstes mortis tempore non separatus esse debet *c*).

a) C. I. HEIL Consult. *quousque superstes coniux altera parte defuncta in bonorum possessione defendi queat.* (in Ei. Consultatt. Iur. n. 9.). *a* LEYSER Spec. 424.

b) *Tit. C. vnde vir et vxor.*

c) *L. vn. ff. vnde vir. et vx. Vt b. p. peti possit vnde vir et vxor, iustum esse matrimonium oportet. Ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit.— Vt autem haec b. p. locum habeat, vxorem esse oportet mortis tempore. Sed si diuortium quidem secutum sit, verumtamen iure durat matrimonium: haec successio locum non habet.* Ex quibus posterioribus verbis elicere cupiunt, coniugem malitiosae deserentem incapacem esse omnis successionis in bona alterius coniugis. F. I. LVDOVICI Diss. *de successione coniugis deserentis,* Hal. 1713.

§. CCCCLXVI.

De successione coniugis Iustinianea.

Ex Iustinianea sanctione vxor *a*) tantum inops in bona defuncti locupletis mariti succedere potest, non vero maritus inops in bona defunctae locupletis vxoris *b*). Et quidem vxor inops atque indotata, *si cum tribus et paucioribus cognatis concurrit, quartam, sin cum pluribus, virilem* accipit por-

portionem, et quidem, si cum liberis defuncti mariti concurris, eam portionem *iure* solum *vsusfructus*, sin cum adscendentibus et collateralibus, *iure dominii* accipit. Quumque igitur in priori casu ea portio ad proprietatem sicque ad hereditatem liberorum spectet, facile perspici potest, mortuis liberis proprietatem huius portionis non aliter ad matrem pertinere posse, quam quatenus liberorum horum heres facta est. Mulierem portionem hanc *iure hereditatis* accipere certum est *c*).

a) I. Weber Diss. *de successione superstitis coniugis pauperis, ad auth. C. vnde vir. et vx.* Giess. 1718. Vit. 1751 H. Maneke Diss. *de succ. coniugum in concursu cum liberis diuersi matrimonii, spec. Hamb.* Goett. 1758. I. G Dahn Diss. *de succ. coniugis cum adsc. et defuncti fratribus aut sororibus germanis pro casu intestati concurrentis*, Heid 1767.

b) Nov. 117. C. 5. *Quia vero legem dudum posuimus praecipientem, vt si quis vxorem aliquando sine dotalibus acceperit, cum affectu solum nuptiali, et hanc sine causa legibus cognita proiecerit; accipere eam quartam partem substantiae eius: et aliam post hanc fecimus legem decernentem: si quis indotatam vxorem per affectum solum acceperit, et vsque ad mortem cum ea viuens, praemoriatur, accipere similiter et eam quartam illius substantiae portionem; — in praesenti melius vtramque legem disponentes; sancimus in vtroque casu ex talibus matrimoniis natos filios, legitimos esse, et ad paternam vocari hereditatem: vxorem autem ex vtroque horum casuum, siquidem vsque ad tres habuerit filios eius vir, siue ex ea, siue ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in vtroque similiter casu accipere iubemus mulierem, quantum vni competit filiorum ita quippe, vt vsum solum in talibus rebus mulier habeat: dominium autem illis filiis seruetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, iubemus etiam dominii iure habere eam res, quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem iussimus legem. — Virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem, ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus.*

c) Quod postrema verba *Nou. cit.* quae modo in medium protulimus, aperte indicant, et *Nou.* 53. c. 6. eiusque verba: — *inops aut vir aut mulier inueniatur, et moriens quidem aut vir aut mulier locuples sit, ille vero vel illa superstes pauper existat,* tollunt. Nobiscum etiam consentiunt. CVIACIVS, RITTERSHVSIVS, GVDELINVS, VOETIVS.

d) *Nou.* 53. *C.* 6. — *nisi forte secundum quod in illius iure ex hac lege heres exstiterit.*

§. CCCCLXVII.

De succ. coniug. ex princ. iuris Germ. remissiue.

In Germ. coniuges *a*) vel ex communione bonorum succedunt, vel alia ex ratione. Priori in casu, vbi communio bonorum viuis coniugibus obtinet, res clara est, et superstes coniux, vi condominii, superstitis bona acquirit, ita tamen, vt quandoque in locum defuncti eius descendentes aut ceteri cognati subintrent. Peculiaris *successio in Marchia b*) obuenit, vbi quidem viuentibus coniugibus nulla obtinet communio bonorum, attamen cum ea olim in Marchia valeret, successio, quae ex communione bonorum viguit, retenta est, et communio bonorum post mortem demum defuncti incipit, si superstes coniux eius heres esse vult, in quo casu *coniux superstes*, siue sit vxor, siue maritus, *dimidiam totius* patrimonii vtriusque *coniugis accipit*, si nempe *sua bona cum hereditate defuncti coniungit.* Posteriori in casu in iis prouinciis vbi ius Sax. obtinet, maritus heres est mobiliaris vxoris, v. c. in prouincia Magdeburgica, et plerisque prouinciis Silesiacis *d*), ita tamen vt in quibusdam legibus prouincialibus Silesiacis aliquantum a Iure Sax. recessum sit *e*).

a) I. P. *de* LVDEWIG Diss. *de differentia I. R. et G. in successione coniugum,* Hal. 1714. (Ei. *opusc. miscell. T. II.*). F. V. PESTEL Disq. *de success. inter coniuges ab intest.* Rin-

Rintel. 1745. I. F. Rivinus Diss. *de consensione thori ad obtinendam successionem coniugum iure sax. elect. necessaria*. Lips. 1726. C. G. Knorre Pr. *de vsu paroemiae iuris Germ.* der letzte thut die Thüre zu *in successione coniugum*. Hal. 1741.

b) I. S. Steyer (sub praes. C. G. Hoffmanni) Diss. *qua constit. Ioachimi I. Electoris de successionibus an. 1527 lata, notis illustratur*, Traject. cis Viadr. 1733. I. Planeth Abh. von der Erbf. unter Eheleuten, sonderlich in den Märk. Landen und weßen sie berechtiget, in hündert juristischen Fragen abgefaßet. Frankf. 1747. C. G. Knorre Diss. *de differ. iuris March. et Magd. in successione coniugum*, Hal. 1745.

c) *Constit. Ioachim.* Erbf. zwischen Eheleut. §. 1. „Setzen und „ordnen, welches von Ehel. des andern Tod erlebt, behält „nach alter Gewohnheit das halbe Gut an liegenden Gründen und fahrenden Habe. §. 2. Jedoch soll erstlich Dienstlohn und Schulden zuvor aus dem gemeinen Gut bezahlt „werden, und nach folgig Testament, so etwas übrig von „des verstorbenen erbnemen geguldtn und bezahlet werden. „§. 3. Das andre Halbteil soll haben, die eheliche Leibeserben, so die vorhanden seyn, und so die nicht wären, die „nächsten Freunde, nach Kaiserrecht. So aber kein angefälter Freund da wäre, denn nimmt das halbe Theil die Herrschaft."

d) C. G. a Toll Diss. *an maritus nobilis sit heres vxoris mobil. in Silesia*, Frf. 1736.

e) *v. c. in statuto Wratislatiensi et in ord. Glogau.*

§. CCCCLXVIII.

De successione priuilegiata.

Deficientibus necessitudinis vinculo coniunctis vi beneficii specialis succedunt 1) *socius ex liberalitate Imperatoris*, qui intuitu *rei a principe donatae praefertur reliquis heredibus a*), et, vt quidam volunt, etiam *superstiti coniugi*, quamuis id quam maxime adhuc dubium sit. Est autem magis ius accrescendi particulare extraordinarium (§. 437.) quam

quam successio vniuersalis verique nominis, et instar iuris accrescendi, quod inter plures collegatarios obtinet, explicandum. 2) *Qui furiosum* a cognatis neglectum *susceperunt illique alimenta praebuerunt* (§. 549. n. 12.). 3) *Collegia* quaedam *b*), quorum membrum defunctus fuit, quaeque speciale priuilegium hunc in finem acceperunt. Iure communi huc pertinet, 1) *ecclesia b*) in qua defunctus ministerium gessit *c*), et quidem in ecclesia pontificia sub ministris intelliguntur omnes, qui maiores ordines consecuti sunt, et personae regulares; in ecclesia autem euangelica omnes ad verbi diuini ministerium ordinati, vt et qui in *xenodochiis d*) recepti sunt. 2) *Vexillatio* in bonis militum *e*). 3) *Collegia decurionum, nauicularioriorum, cohortalium, atque fabricensium*, quae vero in Germ. cessant, adeo vt et academiae hoc priuilegio non gaudeant, nisi expresse illis idem illud datum sit.

a) *L. vn. C. liberal. Imp. soc. sine her. dec.*

b) R. Teller Pr. *de iure succ. collegiis dato* Lips. 1773.

c) I. H. Boehmer Diss. *de succ. in bona clericorum singulari* Hal. 1739. I. G. Brendel Comm. *de succ. ecclesiae, in ministri sui vacantia bona*, Ien. 1749.

d) *L. 20. C. de episc. et cleric. Si quis presbyter, aut diaconus, aut diaconissa seu subdiaconus, vel cuiuslibet alterius loci clericus, aut monachus, aut mulier quae solitariae vitae dedita est, nullo condito testamento decesserit, nec ei parentes vtriusque sexus, vel liberi, vel qui agnationis, cognationisue iure iunguntur, vel vxor exstiterit; bona, quae ad eum vel ad eam pertinuerunt, sacrosanctae ecclesiae, vel monasterio, cui* (*forte*) *fuerat destinatus aut destinata,* omnifariam *socientur*, add. *cap.* 1. X. *de succeß. ab intest. Sed hic ibidem inuentum est de episcopis, presbyteris et clericis, vt si per hereditatem vel alio*

modo intuitu personae aliquid adquisiuerint, donare eis lic[et] cui voluerint, dum viuunt. Si autem ante obierint, qu[i] hoc fecerint, altari, cui seruiunt, omnia perpetuo sanctific[en]tur et in ius eius tradantur.

e) Immo Xenodochia quandoque secundum legem fu[n]dationis ipsis cognatis praeferri solent.

f) *L. 2. C. hereditat. decurion. nauicular. cohortal. milit[.] fabricens. Vniuersis tam legionibus quam vexillationibus, com[i]tatensibus seu cuneis insinuare debebis, vt cognoscant, cu[m] (eorum) aliquis fuerit rebus humanis exemtus, atque intest[a]tus, (si) sine legitimo herede decesserit, ad vexillationem e[x] qua militauit, res eiusdem necessario peruenire.*

§. CCCCLXIX.

De successione Fisci.

Postremo loco bona defuncti nullum ex prior[i]bus relinquentis, spectant *a*) *ad fiscum b*); [se]d vtrum *iure hereditatis* an *iure bonorum vacantium*, disceptatur. Nobis prius verius videtur *c*), adeo *vt fiscus tamquam heres non solum omne aes alie*num, *sed et legata et fideicommissa exsoluere te*neatur. Vlterius quaeritur, *vtrum fisco superiori an fisco inferiori cedant?* quum ius fisci inferioris magistratibus et dominis praediorum, iurisdictione alta, seu crimininali, praeditis adsignent. Et licet posterius falsum, et ex eo minus recte deductum sit, quod merum imperium iurisdictionem criminalem fuisse putauerint *d*); tamen negandum non est, iure Saxonico et iure Lubecensi magistratibus iurisdictionem criminalem habentibus id ius fisci quoque competere. Vtrum *marchicis ciuitatibus* idem illud competat, nondum explorati iuris est *e*). Illud tamen certissimum, *semper praesumtionem solum pro fisco superiori obuersari.* Denique quaeritur, vtrum *fiscus domicilii* an *rerum sitarum*, et *vtrum fiscus territorii, quo commora*tus

tus est defunctus, an *fiscus territorii*, *in quo res hereditariae deprehenduntur, succedat?* Verior nobis eorum sententia videtur, *qui concurrentiam statuunt.* Fiscum autem solum intra quadriennium, a tempore scientiae computandum, bona adquirere posse videtur *f*).

a) F. L. Stoltze Diss. *de succ. fisci*, Erf. 1731. A. Schvlte Diss. *de iure fisci in hereditates priuatorum*, Lips. 1740.

b) *L.* 1. *Cod. de bon. vacant. Scire debet grauitas tua, intestatorum res, qui fine legitimo herede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas: nec ciuitates audiendas, quae sibi earum vindicandarum ius veluti ex permissu vindicare nituntur, et deinceps quaecunque intestatorum bona ciuitatibus obtentu priuilegiorum suorum occupata esse compereris, ad officium nostrum eadem reuocare non dubites.* add. *L.* 4. *eod.*

c) Nempe bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, *L* 39. §. 1. *D. de V. S.* et fiscus iam iure Praetorio instat ceterorum heredum aut bonorum possessorum haberi cepit *L. fin. D. de success. edict.* add. *L.* 31. *pr. D. soluto matrim.*

d) G. L. Mencken Diss. *de iure fisci mero adhaerente imperio*, Vit. 1735. C. F. Menser Diss. *de iure fisci ciuitatibus muncipalibus competente*, Lips. 1742. G. L. Mencken Pr. *morum imperium iurisdictionem criminalem non esse*, Helmst. 1749. (Ei. *opusc.* n. 14.)

e) Quamquam enim Schvrf. *Art.* 2. *Consil* 83. *n.* 7. 8. 79. *et* Koeppen. *P.* 2. *Decis.* 7. *n.* 79. id contendant Stryckivs tam in dubium hanc consuetudinem marchicam vocat, et plures actus in contrarium adesse testatur.

f) *L.* 1. *C. de quadrienn. praescr. Notum est, a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus incohoandam non esse.*

§. CCCCLXX.

Quo tempore alicui ſuccedatur. Et de abſenti hereditate.

Non ſemper in determinandis perſonis, quae ſuccedere debent, ad *tempus mortis* defuncti reſpicitur, ſed potus *ad tempus, quo certum eſt, defunctum ab inteſtato deceſſiſſe.* Sic hereditas furioſo delata, ab eo autem non adquiſita heredibus ab inteſtato deferentis adquiritur, qui tempore mortis ipſius furioſi proximiores ſunt (§. 433. *not. d.*) ſic et illi, qui heredem ſub conditione inſtituit, ſi conditio deficit, ſucceditur ex eo tempore, quo deficit conditio, atque certum eſſe incipit, defunctum inteſtatum obiiſſe *a*). Intuita igitur *abſentis b*), diſtinguendum, vtrum tempus mortis verae abſentis probari poſſit, nec ne. Priori in caſu etiam *ex hoc tempore mortis* (non ex quo mors innotuit), *diiudicanda erit ſucceſſio*, poſteriori vero, *ex eo tempore, quo pro mortuo declaratus eſt c*), quoniam tunc ciuiliter deceſſit. Quando vero aliquis pro mortuo declarari poſſit, iure communi definitum non eſt, plerique tamen requirunt, vt abſens, de cuius vita non conſtat, ſeptuaginta *d*) annis maior ſit. *Iure vero Brandenburgico e*) abſens qui per decennium latuit, edictaliter intra IX. menſes citatur *f*). et, ſi non comparet, pro mortuo habetur.

a) §. 7. *I. hereditat, quae ab inteſt. Cum autem quaeritur, an quis ſuus heres exiſtere poſſit: eo tempore quaerendum eſt; quo certum eſt aliquem ſine teſtamento deceſſiſſe, quod accidit et deſtituto teſtamento.* §. 6. *I. de legit. adgn. ſucceſſ. Proximus autem, ſiquidem nullo teſtamento facto quisquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus eſt is, cuius de hereditate quaeritur. Quod ſi facto teſtamento quisquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo certum eſſe coeperit, nullum ex teſtamento heredem*

heredem exstiturum: tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis saepe accidit, vt proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriens testatore non erat proximus.

b) L. C. Smalcalder Diss. *de iis qui disparuerunt*, vom R. der Verschollenen, Tub. 1758. I. F. Wahl Pr. *cui necessitas probandi in petitione hereditatis absentis incumbat*, Goett. 1751.

c) Adeo vt male alii ex tempore curae absentis susceptae id aestimari velint.

d) F. A. Hommel Diss. *septuagenarius absens factus, quando mortuus praesumatur?* Lips. 1751. I. F. Rivinvs Pr. *de termino mortis absentium per legem ordinaria praescriptione sax. determinando*, Lips. 1751. Eivsd. Pr. *quando absens pro mortuo habendus sit*, Lips. 1754. I. F. Piel Diss. *de translatione bonorum absentis vel probata morte, vel praesumta demum efficaci*, Goett. 1768. a Leyser Spec. 96. Cramer von dem präsumirlichen Tode eines Abwesenden (Ei. Wetzl. Neb. P. 103. p. 447). I. C. Koch Auct. II. *vtrum absentium successio fiat ex nunc, an ex tunc?* (in Ei. *tract. de success. ab intest.*).

e) Vid. Edict. de 27. Octobr. 1763, ordnen und wollen: „§. 1. daß wenn jemand 10 Jahr abwesend gewesen, „und man während solcher Zeit keine Nachricht von sei„nem Aufenthalt oder Leben erhalten, er nach Verlauf „solcher 10 Jahre für verstorben geachtet werden solle. „§. 2. Diese 10 Jahre sollen von dem Tage an, da man „die letzte Nachricht erhalten, oder wenn man während „seiner Abwesenheit überall von ihm keine gehabt, von „dem Tage an, da er weggegangen, verreiset, oder „vermißt worden, gerechnet werden; es wäre denn, daß „die Abwesenheit in der Kindheit oder Minderjährigkeit „ihren Anfang genommen, in welchem Falle diese 10 „Jahre nicht eher als von erlangter Majorennität an, „welche nach dem Unterschied Unsrer Provinzen und des „Standes der Personen in Unsern Landes-Gesetzen „bestimmt ist, gerechnet werden können. §. 3. Würde „aber jemand erst in oder nach dem 65 Jahre seines Al-

„ters

„ters verschollen seyn, so soll er nach Verlauf von „Jahren pro mortuo geachtet werden."

f) Allg. Ger. Ord.

§. CCCCLXXI.

Secundum quasnam leges successio aestimetur?

Si aliter secundum leges *domicilii*, aliter secundum leges *rei sitae* succeditur, plerique bona mobilia ex legibus domicilii, bona vero immobilia *ex legibus* rerum sitarum aestimari volunt, sed rectius *omnis successio sine distinctione bonorum ex legibus domicilii diiudicantur,* nisi statutum prohibitorium adsit, quod specialem rerum qualitatem determinat, aut testamenti factionem adimit. *a) Vbi defunctus moritur* non adtenditur. *Vxor* autem *ex domicilio mariti* aestimatur. *Personae exemtae b)* secundum statuta non iudicantur, licet vnius alteriusue respectu ius ciuitatis adquisiuerint.

a) G. L. MENCKEN Diss. *de statutis ciuitatum prouincialium in succ. ab intestato ad bona etiam alibi sita secundum ius ciuile extendenda.* F. PVFFENDORF Obs. *successio in immobilia, vtrum ex legibus domicilii defuncti, seu potius iis, quibus subiectus ibi fuerit, an rei sitae procedat.* Tom. I. Obs. 28.

b) T. THOMASIVS Diss. *an clerico secundum statuta loci, vbi degit, succedatur,* Lips. 1736. GREEN Progr. *de succ. in bona nobilia Schriftsassii vel alius exemti sec. statuta domicilii in quo ciuitatis iura adquisiuit.* Lips.

§. CCCCLXXII.

De iure accrescendi in successione ab intestato.

Coniuncti in successione ab intestato sunt omnes *a) qui in vno ordine simul vocati sunt,* adeoque etiam *vxor,* si simul cum cognatis admittitur.

Coniuncti

Coniuncti autem *in specie tales* sunt, *qui in stirpes*, *disiuncti* vero, *qui in capita simul succedunt.* Inter *coniunctos in specie tales* obtinet *ius non decrescendi*, et inter *disiunctos ius accrescendi in specie tale* b). (§. 437.) Ex supra (§. cit.) autem propositis notionibus deducere licet, *in successione ab intestato solum ius accrescendi vniuersale et necessarium* locum habere posse.

a) F. G. Schantz *de iure accr. ab int. et ex testam.* Marb. 1743.

b) §. 4. *I. de SCt. Orphit. Si ex pluribus legitimis heredibus, quidam omiserint hereditatem, vel morte vel alia causa impediti fuerint, quo minus adeant: reliquis qui adierint, adcrescit illorum portio, et licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

Sectio II.

De successione ex testamento.

Membrvm I.

De successione testamentaria ciuili.

Distinct. I.

De testamentis eorumque forma externa.

α) *De testamentis in specie.*

§. CCCCLXXIII.

De notione testam. publ. et priu. vt et scripti et nuncup.

Testamentum *a*) in genere est vltimae voluntatis declaratio nuda (§. 419.). Iam vero vel haec

voluntatis

voluntatis declaratio in ipso actu, quo vere test vult testator, fit verbis ore prolatis, vel per re tionem ad scripturam. Priori in casu est *testam tum nuncupatiuum*, posteriori vero, *testamentu scriptum*. Potest testamentum dictatum esse, qu tamen postea testamentum scriptum fit, et po ab initio scriptum esse, quod tamen postea in ac testandi nuncupatur. In testamento scripto vale vti *scriptum, ita valet*, et in testamento nuncup tiuo, vti *nuncupatum, ita testatum*. Porro declar tio voluntatis, vel sit accedente auctoritate publ ca, vel priuata. Si prius est *testamentum publ cum*, si posterius, *priuatum*. Et quum testame tum in genere et codicillos comprehendat, *etia codicilli in scriptos* et *nuncupatiuos*, in *public* et *priuatos* distingui possunt.

a) J. C. Siebenkees Abh. von Testamenten, Nürn 1791.

§. CCCCLXXIV.

De notione formae testamenti internae et externae.

Forma testamenti comprehendit singula requisi ta ad validum testamentum necessaria. Iam vero, vel haec singula requisita heredis institutionem di rectam, seu ipsum tenorem vltimae voluntatis, vel actus externos concernunt, qui ad testament validitatem requiruntur, Priori in casu dicitur *forma interna*, quoniam heredis institutio materiam characteristicam testamenti efficit (§. 425.). Posteriori vero *forma testamenti externa* dicitur, seu *solemnitas* testamentorum, quamuis sint, qui solemnitatem pro forma testamenti in genere su mant, eamque iterum in internam et ex

ternam

ternam distinguunt. Solemnitas actus cuiusdam, vel propter certitudinem eiusdem seruatur, vel peculiares ritus praeter certitudinem ad validitatem eius exiguntur. Illo in casu *solemnitas probationis*, hoc autem *solemnitas ordinationis* vocari solet.

A) De *vicissitudinibus et forma externa testamentorum priuatorum.*

Tit. I.

De testamentorum solemnium forma externa.

§. CCCCLXXV.

Testamenta priuata vel ita comparata sunt, vt in iisdem regula communis legibus praescripta adhiberi debeat, vel non, seu per modum exceptionis a regula generali indultae vnus alterne formam testamentorum consuetam negligere potest. Priori in casu *testamenti solemnis*, posteriori vero *minus solemnis* notio oritur, indeque testamenta nuncupatiua et scripta, aut solemnia, aut minus solemnia esse possunt. Testamenta autem secundum vicissitudines *a*) eorum, aut *antiqua* aut *recentiora* sunt, prout iam antiquata sunt, aut hodie et iure nouiori valent.

a) C. THOMASIVS Diss. *de origine succ. testamentariae*, Hal. 1705. A. D. TREKELL Tr. *de origine atque progressu testamentifactionis praesertim apud Romanos*, cum praefat. GEBAVERI, Lips. 1739. I. G. HEINECCIVS Diss. *de origine testamentifactionis et ritu antiquo testandi ad L.* 120. *D. de V. S.* Franeq. (Ei. *opusc.* n. 27.).

modo intnitu perſonae aliquid adquiſiuerint, donare eis liceat, cui voluerint, dum viuunt. Si autem ante obierint, quam hoc fecerint, aliari, cui ſeruiunt, omnia perpetuo ſanctificentur et in ius eius tradantur.

e) Immo Xenodochia quandoque ſecundum legem fundationis ipſis cognatis praeferri ſolent.

f) *L. 2. C. hereditat. decurion. nauicular. cohortal. milit et fabricenſ Vniuerſis tam legionibus quam vexillationibus, comitatenſibus ſeu cuneis inſinuare debebis, vt cognoſcant, cum (eorum) aliquis fuerit rebus humanis exemtus, atque inteſtatus, (ſi) ſine legitimo herede deceſſerit, ad vexillationem in qua militauit, res eiusdem neceſſario peruenire.*

§. CCCCLXIX.

De ſucceſſione Fiſci.

Poſtremo loco bona defuncti nullum ex prioribus relinquentis, ſpectant *a*) *ad fiſcum b*); ſed vtrum *iure hereditatis* an *iure bonorum vacantium*, diſceptatur. Nobis prius verius videtur *c*), adeo *vt fiſcus tamquam heres non ſolum omne aes alienum, ſed et legata et fideicommiſſa exſoluere teneatur.* Vlterius quaeritur, *vtrum fiſco ſuperiori an fiſco inferiori cedant?* quum ius fiſci inferioris magiſtratibus et dominis praediorum, iurisdictione alta, ſeu crimininali, praeditis adſignent. Et licet poſterius falſum, et ex eo minus recte deductum ſit, quod merum imperium iurisdictionem criminalem fuiſſe putauerint *d*); tamen negandum non eſt, iure Saxonico et iure Lubecenſi magiſtratibus iurisdictionem criminalem habentibus id ius fiſci quoque competere. Vtrum *marchicis ciuitatibus* idem illud competat, nondum explorati iuris eſt *e*). Illud tamen certiſſimum, *ſemper praeſumtionem ſolum pro fiſco ſuperiori obuerſari.* Denique quaeritur, vtrum *fiſcus domicilii* an *rerum ſitarum*, et *vtrum fiſcus territorii, quo commoratus*

tus est defunctus, an *fiscus territorii*, *in quo res hereditariae deprehenduntur*, *succedat?* Verior nobis eorum sententia videtur, *qui concurrentiam statuunt.* Fiscum autem solum intra quadriennium, a tempore scientiae computandum, bona adquirere posse videtur *f*).

a) F. L. Stoltze Diss. *de succ. fisci*, Erf. 1731. A. Schulte Diss. *de iure fisci in hereditates priuatorum*, Lips. 1740.

b) *L.* 1. *Cod. de bon. vacant. Scire debet grauitas tua, intestatorum res, qui sine legitimo herede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas: nec ciuitates audiendas, quae sibi earum vindicandarum ius veluti ex permissu vindicare nituntur, et deinceps quaecunque intestatorum bona ciuitatibus obtentu priuilegiorum suorum occupata esse compereris, ad officium nostrum eadem reuocare non dubites.* add. *L.* 4. *eod.*

c) Nempe bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno, *L* 39. §. 1. *D. de V. S.* et fiscus iam iure Praetorio instat ceterorum heredum aut bonorum possessorum haberi cepit *L. fin. D. de success. edict.* add. *L.* 31. *pr. D. soluto matrim.*

d) G. L. Mencken Diss. *de iure fisci mero adhaerente imperio*, Vit. 1735. C. F. Menser Diss. *de iure fisci ciuitatibus muncipalibus competente*, Lips. 1742. G L. Mencken Pr. *merum imperium iurisdictionem criminalem non esse*, Helmst. 1749. (Ei. *opusc.* n. 14.)

e) Quamquam enim Schvrf. *Art.* 2. *Consil* 83. *n.* 7. 8. 79. *et* Koeppen. *P.* 2. *Decis.* 7. *n.* 79. id contendant Strykius tam in dubium hanc consuetudinem marchicam vocat, et plures actus in contrarium adesse testatur.

f) *L.* 1. *C. de quadrienn. praescr. Notum est, a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse.*

§. CCCCLXX.

Quo tempore alicui ſuccedatur. Et de abſentis hereditate.

Non ſemper in determinandis perſonis, quae ſuccedere debent, ad *tempus mortis* defuncti reſpicitur, ſed potus *ad tempus, quo certum eſt, defunctum ab inteſtato deceſſiſſe.* Sic hereditas furioſo delata, ab eo autem non adquiſita heredibus ab inteſtato deferentis adquiritur, qui tempore mortis ipſius furioſi proximiores ſunt (§. 433. *not. d.*) ſic et illi, qui heredem ſub conditione inſtituit, ſi conditio deficit, ſucceditur ex eo tempore, quo deficit conditio, atque certum eſſe incipit, defunctum inteſtatum obiiſſe *a*). Intuita igitur *abſentis b*), diſtinguendum, vtrum tempus mortis verae abſentis probari poſſit, nec ne. Priori in caſu etiam *ex hoc tempore mortis* (non ex quo mors innotuit), *diiudicanda erit ſucceſſio*, poſteriori vero, *ex eo tempore, quo pro mortuo declaratus eſt c*), quoniam tunc ciuiliter deceſſit. Quando vero aliquis pro mortuo declarari poſſit, iure communi definitum non eſt, plerique tamen requirunt, vt abſens, de cuius vita non conſtat, ſeptuaginta *d*) annis maior ſit. *Iure vero Brandenburgico e*) abſens qui per decennium latuit, edictaliter intra IX. menſes citatur *f*). et, ſi non comparet, pro mortuo habetur.

a) §. 7. *I. hereditat, quae ab inteſt. Cum autem quaeritur, an quis ſuus heres exiſtere poſſit: eo tempore quaerendum eſt, quo certum eſt aliquem ſine teſtamento deceſſiſſe, quod accidit et deſtituto teſtamento.* §. 6. *l. de legit. adgn. ſucceſſ. Proximus autem, ſiquidem nullo teſtamento facto quisquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus eſt is, cuius de hereditate quaeritur. Quod ſi facto teſtamento quisquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo certum eſſe coeperit, nullum ex teſtamento*

heredem

heredem extituram: tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis saepe accidit, vt proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriens testatore non erat proximus.

b) L. C. SMALCALDER Diss. *de iis qui disparuerunt,* vom R. der Verschollenen, Tub. 1758. I. F. WAHL Pr. *cui necessitas probandi in petitione hereditatis absentis incumbat,* Goett. 1751.

c) Adeo vt male alii ex tempore curae absentis susceptae id aestimari velint.

d) F. A. HOMMEL Diss. *septuagenarius absens factus, quando mortuus praesumatur?* Lips. 1751. I. F. RIVINVS Pr. *de termino mortis absentium per legem ordinaria praescriptione sax. determinando,* Lips. 1751. EIVSD. Pr. *quando absens pro mortuo habendus sit,* Lips. 1754. I. F. PIEL Diss. *de translatione bonorum absentis vel probata morte, vel praesumta demum efficaci,* Goett. 1768. *a* LEYSER Spec. 96. Cramer von dem präsumirlichen Tode eines Abwesenden (Ei. Wetzl. Neb. P. 103. p. 447). I. C. KOCH Auct. II. *vtrum absentium successio fiat ex nunc. an ex tunc?* (in Ei. *tract. de success. ab intest.*).

e) Vid. Edict. de 27. Octobr. 1763, ordnen und wollen: „§. 1. daß wenn jemand 10 Jahr abwesend gewesen, „und man während solcher Zeit keine Nachricht von sei„nem Aufenthalt oder Leben erhalten, er nach Verlauf „solcher 10 Jahre für verstorben geachtet werden solle. „§. 2. Diese 10 Jahre sollen von dem Tage an, da man „die letzte Nachricht erhalten, oder wenn man während „seiner Abwesenheit überall von ihm keine gehabt, von „dem Tage an, da er weggegangen, verreiset, oder „vermißt worden, gerechnet werden; es wäre denn, daß „die Abwesenheit in der Kindheit oder Minderjährigkeit „ihren Anfang genommen, in welchem Falle diese 10 „Jahre nicht eher als von erlangter Majorennität an, „welche nach dem Unterschied Unsrer Provinzen und des „Standes der Personen in Unsern Landes - Gesetzen „bestimmt ist, gerechnet werden können. §. 3. Würde „aber jemand erst in oder nach dem 65 Jahre seines Al-

„ters

„ters verschollen seyn, so soll er nach Verlauf von 5 „Jahren pro mortuo geachtet werden."

f) Allg. Ger. Ord.

§. CCCCLXXI.

Secundum quasnam leges successio aestimetur?

Si aliter secundum leges *domicilii*, aliter secundum leges *rei sitae* succeditur, plerique bona mobilia ex legibus domicilii, bona vero immobilia *ex legibus* rerum sitarum aestimari volunt, sed rectius *omnis successio sine distinctione bonorum ex legibus domicilii diiudicantur*, nisi statutum prohibitorium adsit, quod specialem rerum qualitatem determinat, aut testamenti factionem adimit. *a*) *Vbi defunctus moritur* non attenditur. *Vxor* autem *ex domicilio mariti* aestimatur. *Personae exemtae b*) secundum statuta non iudicantur, licet vnius alteriusue respectu ius ciuitatis adquisiuerint.

a) G. L. Mencken Diss. *de statutis ciuitatum prouincialium in succ. ab intestato ad bona etiam alibi sita secundum ius ciuile extendenda.* F. Pvffendorf Obs. *successio in immobilia, vtrum ex legibus domicilii defuncti, seu potius iis, quibus subiectus ibi fuerit, an rei sitae procedat.* Tom. I. Obs. 28.

b) T. Thomasivs Diss. *an clerico secundum statuta loci, vbi degit, succedatur,* Lips. 1736. Green Progr. *de succ. in bona nobilia Schriftsassii vel alius exemti sec. statuta domicilii in quo ciuitatis iura adquisiuit.* Lips.

§. CCCCLXXII.

De iure accrescendi in successione ab intestato.

Coniuncti in successione ab intestato sunt omnes *a*) *qui in vno ordine simul vocati sunt*, adeoque etiam *vxor*, si simul cum cognatis admittitur.

Coniuncti

Coniuncti autem *in ſpecie tales* ſunt, *qui in ſtirpes*, *diſiuncti* vero, *qui in capita ſimul ſuccedunt.* Inter *coniunctos in ſpecie tales* obtinet *ius non decreſcendi*, et inter *diſiunctos ius accreſcendi in ſpecie tale* b). (§. 437.) Ex ſupra (§. cit.) autem propoſitis notionibus deducere licet, *in ſucceſſione ab inteſtato ſolum ius accreſcendi vniuerſale et neceſſarium* locum habere poſſe.

a) F. G. Schantz *de iure accr. ab int. et ex teſtam.* Marb. 1743.

b) §. 4. *I. de SCt. Orphit. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiſerint hereditatem, vel morte vel alia cauſa impediti fuerint, quo minus adeant: reliquis qui adierint, adcreſcit illorum portio, et licet ante deceſſerint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

Sectio II.

De ſucceſſione ex teſtamento.

Membrvm I.

De ſucceſſione teſtamentaria ciuili.

DISTINCT. I.

De teſtamentis eorumque forma externa.

α) *De teſtamentis in ſpecie.*

§. CCCCLXXIII.

De notione teſtam. publ. et priu. vt et ſcripti et nuncup.

Teſtamentum a) in genere eſt vltimae voluntatis declaratio nuda (§. 419.). Iam vero vel haec voluntatis

voluntatis declaratio in ipso actu, quo vere testari vult testator, fit verbis ore prolatis, vel per relationem ad scripturam. Priori in casu est *testamentum nuncupatiuum*, posteriori vero, *testamentum scriptum*. Potest testamentum dictatum esse, quod tamen postea testamentum scriptum fit, et potest ab initio scriptum esse, quod tamen postea in actu testandi nuncupatur. In testamento scripto valet: vti *scriptum*, *ita valet*, et in testamento nuncupatiuo, vti *nuncupatum*, *ita testatum*. Porro declaratio voluntatis, vel fit accedente auctoritate publica, vel priuata. Si prius est *testamentum publicum*, si posterius, *priuatum*. Et quum testamentum in genere et codicillos comprehendat, *etiam codicilli in scriptos* et *nuncupatiuos*, in *publicos* et *priuatos* distingui possunt.

a) J. C. Siebenkees Abh. von Testamenten, Nürnb. 1791.

§. CCCCLXXIV.

De notione formae testamenti internae et externae.

Forma testamenti comprehendit singula requisita ad validum testamentum necessaria. Iam vero, vel haec singula requisita heredis institutionem directam, seu ipsum tenorem vltimae voluntatis, vel actus externos concernunt, qui ad testamenti validitatem requiruntur, Priori in casu dicitur *forma interna*, quoniam heredis institutio materiam characteristicam testamenti efficit (§. 425.). Posteriori vero *forma testamenti externa* dicitur, seu *solemnitas* testamentorum, quamuis sint, qui solemnitatem pro forma testamenti in genere sumant, eamque iterum in internam et externam

ternam distinguunt. Solemnitas actus cuiusdam, vel propter certitudinem eiusdem seruatur, vel peculiares ritus praeter certitudinem ad validitatem eius exiguntur. Illo in casu *solemnitas probationis*, hoc autem *solemnitas ordinationis* vocari solet.

A) De *vicissitudinibus et forma externa testamentorum priuatorum.*

Tit. I.

De testamentorum solemnium forma externa.

§. CCCCLXXV.

Testamenta priuata vel ita comparata sunt, vt in iisdem regula communis legibus praescripta adhiberi debeat, vel non, seu per modum exceptionis a regula generali indultae vnus alterne formam testamentorum consuetam negligere potest. Priori in casu *testamenti solemnis*, posteriori vero *minus solemnis* notio oritur, indeque testamenta nuncupatiua et scripta, aut solemnia, aut minus solemnia esse possunt. Testamenta autem secundum vicissitudines *a*) eorum, aut *antiqua* aut *recentiora* sunt, prout iam antiquata sunt, aut hodie et iure nouiori valent.

a) C. Thomasivs Diss. *de origine succ. testamentariae*, Hal. 1705. A. D. Trekell Tr. *de origine atque progressu testamentifactionis praesertim apud Romanos*, cum praefat. Gebaveri, Lips. 1739. I. G. Heineccivs Diss. *de origine testamentifactionis et ritu antiquo testandi ad L.* 120. *D. de V. S.* Franeq. (Ei. *opusc.* n. 27.).

27.). I. I. C. de Bernsdorf *Analecta hiſtorica ad doctrinam teſtamentorum*, Goett. 1775.

§. CCCCLXXVI.

a) *De teſtamentis antiquis.*

Ad *antiqua* teſtamenta pertinet 1) *teſtamentum in comitiis calatis factum*, 2) *teſtamentum in procinctu faciendum*, quae duo teſtamenta iam ante LL. XII. Tabb. valuerunt. Poſt leges decemuirales *a*) inualuit 3) *teſtamentum per aes et libram*, et quidem *duplex*, alterum *nuncuphtiuum*, alterum *ſcriptum*, 4) *teſtamentum praetorium*, quod vna cum teſtamento per aes et libram ſcripto ſeu recentiori obtinuit, vsque dum 5) *mixtum* ex iure ciuili nempe et praetorio, ipſo hominum vſu conflatum, inualuit.

a) *L.* 120. *D. de V. S. Verbis Legis XII. tabb. his: vti legaſſit ſuae rei ita ius eſto, latiſſima poteſtas tributa videtur et heredis in ſtituendi et legata et libertates dandi.*

§. CCCCLXXVII.

De teſtamentis ante LL. XII. Tabb.

Ante Leges decemuirales tempore pacis et otii teſtamenta condebantur in comitiis calatis *a*), et quidem *curiatis*, non quidem propterea, vt alii putarunt *b*), quod leges publicae de ſucceſſione ab inteſtato latae, publicis quoque his comitiis tolli debuiſſent toties, quoties quis ab inteſtato ſucceſſionem immutare voluiſſet, ſed potius eam ob cauſam, quoniam conſenſu totius populi, et conſenſu collegii pontificum opus erat illi, qui in curiam teſtatoris ſuccedere et ſacra priuata eiusdem adquirere volebat et debebat. Quod et inde confirmatur, quod, licet alia comitia introducta eſſent, tamen

tamen in solis comitiis curiatis testamenta condi solerent. Formulam rogationis huius testamentifactionis sic exhibent *c*): *Velitis iubeatis Quirites vt L.-Titius L. Valerio tam iure Legeque heres sibi fiet, quam si eius filiusfamilias proximusue agnatus esset. Haec vti dixi ita vos Quirites rogo. In procinctu* autem testamentum tempore belli *d*) faciebant Romani milites quum in proelium ituri, et toga lacinia cincti essent.

a) THEOPHIL. *Paraphr. Lib. II. Tit. X. §. I. Antiquius duo testamentorum genera erant, et alterum dicebatur calatis comitiis, alterum vero procinctum. Et illud calatis comitiis tempore pacis fiebat, bis in anno, hunc in modum. Praeco totam circumibat vrbem conuocans, omnisque populus concurrebat, et qui volebat teste populo testabatur.* Multa contra THEOPHILVM monent, HEINECCIVS, TREKEL et alii, sed vidi REITZIVM *ad l. c.*

b) Vt HEINECCIVS, TREKEL, THOMASIVS et alii.

c) Ad analogiam formulae arrogationis apud GELLIVM.

d) PLVTARCH *in Coriol. Mos erat Romanis, vt in acie constituti et iam manum inferentes clypeis, togamque praecingentes heredem tribus quatuorue audientibus nuncuparent.*

§. CCCCLXXVIII.

De duplici testamento per aes et libram.

Legibus XII. Tabb. cautum erat; *quum nexum faciet mancipiumque, vti lingua nuncupassit, ita ius esto*; exindeque enata est mancipatio. Et ita testamenta quoque ritu mancipationis *a*) fiebant, dum heres hereditatem quasi nummo imaginario a testatore emeret. Ne autem heredes familiaeque emtores, iam pro certo habentes, se heredes

redes esse exstituros, testatori insidias struere possint *b*), et vt sacra priuata interirent *c*). imaginarius deinceps senex substituebatur familiae emtor loco veri heredis, cuius nomen in tabulis ceratis sigillo testatoris conclusis, scriptum erat, iisdem ritibus hereditatem emebat, praeterquam quod formula solemnis nuncupationis nunc esset: ***Haec, vti in his tabulis cerisue scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites, testimonium praebitote d***). Quod quum heredis institutionem scriptam contineret, hoc ipsum testamentum quoque *pro scripto* et quidem *pro primo* scripto haberi debet. *Duplex* igitur successu temporis *testamentum per aes et libram* viguit in republica romana, alterum *prius* seu *nuncupatiuum*, alterum *posterius* seu *scriptum*.

a) §. 1. *I. de testam. ord. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur per aes et libram: scilicet quod per emancipationem id est. imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus, et libripende, ciuibus romanis puberibus praesentibus, et eo qui familiae emtor dicebatur.* Theophil. *l. c. Ideo excogitatum est genus tertium, quod dicebatur per aes et libram, fiebatque per emancipationem. Emancipatio autem est imaginaria venditio, et peragebatur hunc in modum: Aderant quinque testes et libripens, cines Romani puberes, atque his praesentibus is, qui successor factus erat defuncti, emebat morituri patrimonium, dicens quaedam verba solemnia dabatque pretii imaginarii nomine nummum domino patrimonii, et emens dicebatur* familiae emtor: *et moriturus porro ordinabat, quid dari oporteret post suam mortem: dicebat enim familiae emtori siue heredi: Volo vt huic agrum, illi domum, alii centum aureos des.* I. C. Schroeder Pr. *quo sensu testam. per aes et libram inter actus legitimos referatur,* Ien. 1720.

b) Theophil. *l. c. Quoniam enim familiae emtor idem erat ac heres, et inde porro sciens se fore successorem, insidiabatur patrimonii domino, ideo secundum antiquam quidem*

formam

formam adhibebatur familiae emtor, qui morituri patrimonium imaginarie emebat, sed testator seorsum in tabulis vel in chartis scribebat, quem sibi vellet heredem esse.

c) CICERO *pro L. Muraen.* Cap. 12. *Nam cum praeclare legibus essent constituta ea Ictorum ingeniis pleraque corrupta atque deprauata sunt. — Sacra interire illi noluerunt, horum ingenio senes ad coemtiones faciendas interimendorum sacrorum caussa reperti sunt.* Ad hunc *Ciceronis* locum egregie commentatus est A. G. F. COCHIUS praematuro fato nobis ereptus, in Diss. *de coemtionibus quae fiebant sacorum interimendorum causa,* Trai. cis Viadr. 1782. quam sub Praes. B. *Fratris* habere voluit.

d) VLPIAN *Fragm. Tit. XX.*

§. CCCCLXXIX.

De testamento Praetorio et testamento mixto.

Praetor deinde bonorum possessionem dabat iis, *qui vltimae voluntatis tabulas septem signis testium firmatas a)* proferrent, *in quibus heredes instituti erant.* Hoc testamentum *praetorium* promiscue cum testamento per aes et libram posteriori obtinebat, vsque dum ipso hominum vsu iam ante Constantini M. tempora, *testamentum* ex iure praetorio et ciuili *mixtum b)* inualuerit, quod testamentum scriptum erat, et nunc etiam solum frequentabatur. Forma eius in eo consistebat, vt 1) *testium praesentia* et quidem 2) *septem testium,* 3) *vnitas contextus,* scilicet simultanea praesentia testium, et vt nullo interueniente peregrino negotio tota vltimae voluntatis dispositio perageretur, atque 4) *subsignatio horum testium* requireretur. *Primum* et *tertium* requisitum ex testamento ciuili per aes et libram, *secundum* vero et *quartum* ex Iure praetorio desumtum erat. Et praeterea additum erat, licet contra rationem testamenti

testamenti scripti, vt 5) *testes in ipso testamenti celebrandi actu praesentes ipsarum quoque vltimarum voluntatis tabularum tenorem perspectum habere deberent.*

a) THEOPHIL. *l. c.* §. 2. *postea vero Praetoris edictum aliam formam in testamentis inuenit. Nam secundum ius praetorium nulla emancipatio, id est venditio imaginaria celebrabatur: sed septem testium signa sufficiebant ad faciendum testamentum praetorium Si quis enim testatus fuerat, atque hoc testamentum septum testium signis signori curauerat, perficiebatur praetorium testamentum, quum ius ciuile testium signa haud necessaria agnosceret.*

b) §. 3. *I. de testam. ordin. Sed cum paulatim tam ex vsu hominum quam ex constitutionum emendationibus coepit in vnam consonantiam ius ciuile et praetorium iungi, constitutum est, vt vno eodemque tempore (quod ius ciuile quadammodo exigebat) septem testibus adhibitis.*

§. CCCCLXXX.

b) *De testamento recentiori, et de solennitatibus eius generalibus.*

Testamentum recentius ex Theodosii iunioris sanctione deriuatur, qui requisita *testamenti mixti* (§. praec.) excepto quinto, in *testamento scripto* retinuit, nouiterque addidit, *vt testes ipseque testator testamento subscribere debeant.* Singula igitur requisita, quae formam testamenti priuati solemnis constituunt, vel sunt generalio scil. testam. nuncup. et scripti, vel specialia. Ad priora pertinet 1) *vt testes adhibeantur.* Testes esse nequeunt in testamento, qui testamentifactionem non habent *b*), quique calatis comitiis interesse non poterant. Sufficit autem tempore conditi testamenti habiles fuisse, aut etiam ab omnibus tales existimatos fuisse *c*). *Homines proprii*, etiamsi testamentifactionis non incapaces sint, tamen testes esse

esse nequeunt *in testamento domini, aliorumque ingenuorum*, bene vero in testamento *alius hominis proprii d*). *Coniunctio testium inter se* non nocet, quamuis cum patria potestate sit coniuncta *e*), sed *coniunctio cum testatore* eo casu impedimento est, quando ea cum patria potestate testatoris coniuncta est *f*). *Coniunctio cum herede* nocet, si pater aut qui in eius sunt potestate domestica, testimonium ferre volunt *g*). *Legatarius* tamen in eo testamento, in quo legatum illi relictum est, recte testis est *h*). *Septem* autem testes esse debent *i*) *iique rogati k*), id est, ante actum testandi certiorati, adeo vt etiam hodie testes addere soleant: als hierzu erbethener Zeuge, et *sponte* adesse debent, adeo vt si inuiti cogantur, testamentorum solemnitas vitietur *l*), 4) *simultaneo tempore* testes adesse debent, et *vnitas contextus m*) obseruari debet. Ea autem vnitas contextus ex testamento per aes et libram (§. 477.) introducta, tam intuitu testatoris, quam intuitu testium omnes dispositiones inter viuos remouet.

a) L. 21. C. *de testam. Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum si nullum scire volunt ea, quae in eo scripta sunt, eo signatam vel ligatam vel tantum clausam, inuolutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris, vel cuiuslibet alterius manu conscriptum, eamque rogatis testibus septem numero, ciuibus romanis, puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam; dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto et testibus vno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus testamentum valere. Quod si literas testator ignoret vel subscribere nequeat, octauo subscriptore pro eo adhibito, eadem seruari decernimus. — Sed licet alio tempore dictarum scriptumue proferatur testamentum: sufficiet vno tempore eodemque die, nullo actu extraneo interueniente, testes omnes*

omnes videlicet simul, nec diuersis temporibus scribere, signareque testamentum. Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus.

b) §. 6. *I. de test. ord. Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mutus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est neque ii, quos leges iubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum adhiberi.* L. 14. D. *de testib. Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus? et sane iuste testimonii officio ei interdicetur. Existimo* (PAPIN.) *ergo neque iure ciuili testamentum valere, ad quod huiusmodi testis processit, neque iure praetorio. Constit. Maxim. d. a.* 1512. „Die Notarien so zu Testamenten „aufzurichten genommen werden, desgleichen auch die so „Testamente machen wollen, sollen eigentliches Aufsehen „haben, was Leut sie zu Zeugen annehmen. Denn viel „sind in Rechten zu solchen Zeugniß verbothen, als gemeiniglich „alle die, so selbst nicht mögen von Recht Testament machen, „oder aus dem Testament etwas empfangen, auch Frauen „oder Hermaphroditen, das seynd die männlich und „fräulich Gemächt haben, und im fräulichen Gemächt fürtersam, auch die so in der Gewalt des „Testirers, item einer der in demselbigen Testament „Erbe geschrieben, oder der mit demselben in eines an„dern Gewalt wäre."

c) L. 22. §. 1. D. *qui test. fac.* §. 7. *I. de testam. Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea autem seruus apparuit — vt sic habeatur firmum — cum eo tempore quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberi loco fuerit: neque quisquam esse qui status ei quaestionem moueret.*

d) Sic recte intelligitur *Const. Maxim.* l. c. — „Der Leibeigenschaft frey." — STRYK. *V. M. Lib.* 28. *Tit.* 1. §. 17.

e) §. 8. *I. eod. Pater, nec non is, qui in potestate eius est, item duo fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, vtique testes in vno testamento fieri possunt, quia nihil nocet, ex vna domo plures testes alieno negotio adhiberi.*

f) §. 9. *I. eod. In testibus autem non debet esse is, qui in potestate testatoris est. Sed si filiusfamilias de ca*

strensi

strensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate eiusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

g) §. 10. *I. eod. Sed neque heres scriptus, neque is qui in potestate eius est, neque pater eius, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt.*

h) L. 20. *pr. D. qui test. fac. Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. Quod in legatario et eo, qui tutor scriptus est, contra habetur. Hi enim testes possunt adhiberi si aliud eos nihil impediat.*

i) E. F. BERGMANN (sub praes. F. A. HOMMEL) Diss. *de numero septenario testium in testamentis*, Lips. 1731. Hic quinque testes populum Romanum in classes diuisum repraesentasse defendit, quem tamen refutare conatus est TREKELL *l. c.* §. 16. *seq.* Iustinianus numerum testium ex testamento Praetorio deriuat, sed illud etiam certum est, praeter quinque testes in mancipatione obuenisse etiam libripendem et antestatum, add. C. F. GLÜCK Diss. *de testamenti priuati solemnis a testatore conditi probatione per 7 testes in eo adornanda adhibitos, instituenda*, Hal. 1777.

k) *L.* 21. §. *pen. D. qui test. fac. In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, vt testamentum fiat: alterius rei causa forte rogatos, ad testandum non esse id neos placet. Quod sic accipiendum est, vt licet ad aliam rem sint rogati, vel collecti: si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos: posse eos testimonium suum recte perhibere.*

l) *L.* 20. §. 10. *D. eod.*

m) *L.* 21. §. *vlt. D. eod. Vno contextu actus testari oportet. Est autem vno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere. Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.*

§. CCCCLXXXI.

De ſolennitatibus ſpecialibus teſtam. ſcripti.

Quod ad ſpeciales ſolennitates adtinet, illae intuitu *teſtamenti ſcripti* ſunt: 1) *teſtes ſubſcribere debent*, et quidem *proprio chirographo a)*, 2) *teſtes ſubſignare debent* et ſufficit, licet plures aut omnes vno ſigillo ſignent *b)*, 3) *teſtator ſubſignare et ſubſcribere debet*, niſi ſit teſtamentum *holographum c)*, ſi vero teſtator litteras ignorat *d)* aut ſubſcribere nequit, 4) *octauus teſtis pro eo ſubſcribere debet nomen ſuum proprium.* Quod autem Iuſtinianus 5) conſtituit *e)*, *vt teſtator aut nomen heredis coram ipſis teſtibus teſtamento inſcribere aut viua voce nuncupare debeat*, ab ipſo deinde iterum ſublatum eſt. Vt teſtes *linguam teſtatoris intelligant*, neceſſe non eſt, modo rogationem intelligant, atque adeo ſciant, teſtatorem ſuum illis ad ſignandum proferre teſtamentum.

a) *L.* 30. *D. eod.* *Singulos teſtes, qui in teſtamento adhibentur, proprio chirographo adnotare conuenit, quis et cuius teſtamentum ſignauerit.* Nemo igitur pro alio ſubſcribere poteſt. Quod et exinde probatur, quod ſolum per modum exceptionis in teſtamento ruſticorum vnius ſubſcriptio pro altero admiſſa ſit in *L.* 31. *C. de teſtam.* — Trib. Sent. in caa. Gronowſche Geſchwiſter contra Heydenſche Collateral Erben, 766. „daß die Unterſchrift mit geführter Hand auch bey Teſtamenten und Codicillen der Wirkung nach einer eigenen gleich zu achten ſey, wenn gleich der Teſtirer in. ſ. letzten Willen ſich ausdrücklich reſervirt hat, die noch zu errichtende Codicille ſelbſt zu unterſchreiben.“ A. S. P. Semler in wie fern iſt die Unterſchrift mit geführter Hand mit der eigenhändig bey Sterbeverordnungen von gleicher Wirkung. (Arch. f. th. u. pr. Jrprd. 2. Th. n. 4.) C. Salmasius Tr. *de ſubſcribendis et ſignandis teſtamentis*, Lugd. 1648.

b) *L.*

b) *L.* 22. §. 2. *D. eod. Si ab ipso testatore annulum accepero, et signauero, testamentum valet, quasi alieno signauerim.* Non necesse est, vt praecise annulus adhibeatur, vt quidam ex *L.* 22. §. 3. *eod.* colligunt, potius expresse in *Constitut. Maximil.* dicitur: gewöhnliche Siegeln.

c) *L.* 28. §. 1. *C. de test. et quemad. Sancimus, si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod haec sua manu confecit; sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur neque pro eo ab alio.* S. C. Wildvogel Diss. *de testamento holographo reciproco*, Ien. 1702. rec. 1755.

d) Sam. Stryck Diss. *de iure ἀναλφαβήτων*, Frf. 1677. (Ei. *Dissert. Francof. Vol. III. n.* 15.). I. F. C. Wiesen Diss. *de subscriptione testatoris analphabeti per cruces*, Wirceb. 1778.

e) *L.* 29. *eod.* Sustulit illam *Nov.* 119. *c.* 9. *Quia vero ante hanc legem protulimus, vt testator aut manu propria, aut per testes nomina heredum scribat in testamento: — iubemus licentiam quidem esse volentibus hoc seruare in propriis testamentis. Si enim hoc non obseruant, — etiam sic firmum testamentum esse sancimus.* —

§. CCCCLXXXII.

De solennitatt. specialib. in testam. nuncupat.

Solennitates speciales in testamento nuncupatiuo sunt, 1) *vt testator coram testibus suam voluntatem verbis ore prolatis declaret*, 2) *vt testes omnes testatorem videant a*), illumque *cognoscant*, vbi tamen sufficit, si tantum quidam testatorem noscunt, 3) *vt testes omnes linguam testatoris intelligant b)*, atque *exaudiant*. Adeoque *occulti testatoris* testamentum seu *testamentum cortinatum* atque *velatum*, vt et *testamentum noctum* absque *luminibus* confectum *c*), suspicionem falsi habet, quae per probationem contrarii elidi debet.

Scriptura in testamento nuncupatiuo non requiritur quod si autem a Notario aut alio in scripturam melioris et facilioris probationis causa redigatur, *testamentum nuncupatiuum in scripturam redactum d)* vocatur. Huiusmodi scripturae vis probandi ex iis principiis diiudicanda est, quae de fide instrumentorum, tam a notario confectorum, quam priuatorum, valent.

a) Adeo vt *coecus* etiam testis testamentarius in testamento nuncupatiuo esse nequeat secundum communem sententiam, *arg* L. 9. C. *de testam. Si non speciali priuilegio patriae tuae iuris obseruatio relaxantia est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.* C. A. LAVRICH (Praes. A. F. SCHOTT) Diss. *de coeco idoneo in testamentifactione teste*, Lips. 1773. I. C. KOCH Progr. *de conspectu testatoris*, *ad* L. 9. C. *de testam.* Giess. 1775.

b) L. 21. §. 2. C. *de testam. et quemad. Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, quam si septem testes — testatoris voluntatem, vt testamentum sine scriptura facientis, audierint.*

c) T. Hagemann Etwas über die zur Nachtzeit ohne Lichter errichtete Testamente und deren Gültigkeit, (Arch. f. th. u. pr. Jrsprd. 1. Th. n. 7.)

d) F. A. HOMMEL Diss. *de scriptura eiusque necessitate in testam. nuncup.* Lips. 1729. D. NETTELBLADT Diss. *de testam. nunc. in scripturam reducto*, Halae 1753.

§. CCCCLXXXIII.

De testamento mystico.

Testamentum *mysticum* seu *implicitum a)*, et *relatiuum*, dicitur illud, in quo testatur heredis institutionem per relationem ad schedulam fecit; v. c. *quem heredem ibi fecero, heres esto b)*, aut, *cuius nomen ibi scriptum inueniatur, heres esto.* Quod

Quod quidem ex testamento per aes et libram scripto (§. 478.) originem cepit, atque *sine dubio in testamento scripto* obuenire potest, sed in *testamento nuncupatiuo* locum id habere posse ideo dubitamus, quoniam nominatio seu declaratio nominis heredis sine dubio ad heredis institutionem pertinet, quae si scripta fuit, etiam scripti testamenti formam et requisita habere deberet, praetereaque testamentum aut solum nuncupatiuum aut solum scriptum esse potest, nec *mixtum* leges agnoscunt *c*).

a) G. C. Bastineller Diss. *an et quatenus testamenta mystica ac praesertim heredum institutiones implicitae valeant.* Viteb. 1732. I. C. Pesler Diss. *de testamento arcano, ad L. 21. C. de testam.* Frf. cis Viadr. 1746. C. V. Godaver Diss. *de testamento mystico*, Hanov. 1753. H Godaver Diss. *de testamento mystico*, Lips. 1764. de Behmer Obs. 60. *circa testamenti mystici abusum.*

b) L. 10. *pr. D. de cond. instit.* L. 38. *de condit. et demonstrat.* I. 77. D. *de hered. Asse toto non distributo, ita scriptum est: quem heredem codicillis fecero, heres esto. Titium codicillis heredem instituit. Eius quidem institutio valet ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur. Sed hoc tantum ex hereditate habebis, quantum ex asse residuum mansit.*

c) Sic etiam *Constit. Maximil. Tit.* von Testamenten §. 1. habet: Daß man allein durch mündliche Erklärung ohne Schrift etc. et 18. öffentlich und klärlich benannt. Conf. Berger *Oec. Iur. Lib. II. Tit. IV. Th.* 4. *n.* 6. Meditt. 56. n. 309. Et ita etiam indicatum fuit in *Camera Berolinensi* in causa *Greiffenberg* contra Hofmarschall *von Schloegel et* Gebr. *von Korff*, den 7. April. 1754.

§. CCCCLXXXIV.

De testamento coeci, et testamentis praelegendis.

Coecus a) testator praeter septem testes, *tabularium,*

larium, aut si eius copia non sit, *octauum testem* adhibere debet, atque *praesentibus testibus* et *tabulario*, aut *heredem*, *heredesue*, *eorum dignitates et iudicia*, ceteraque omnia capitula testamenti *nuncupare*, aut *voluntatem suam*, siue in testamenti, siue in codicilli tenore compositam, *cui velit*, *scribendam committere debet*, simulque *in eodem loco postea conuocatis testibus* aut *tabulario*, *ex ea chartula ipse tabularius* aut *octauus testis*, tam testatori, quam testibus praesentibus (quibus tabulas testamenti inspicere licet) *vltimam testatoris voluntatem praelegere* atque *testator coram testibus*, *se hoc vltimum suum elogium agnoscere*, *profiteri*, hocque facto *ab omnibus testibus et tabulario idem illud subscribi et subsignari debet b*). Et in genere si testator literarum imperitus est, praelectio testamenti necessaria est *c*).

a) *le* COMTE Diss. *de testamento coeci*, Arg. 1722.

b) *L.* 8. *C. qui testam. fac. poss* repetita in *ord. not. de a.* 1513. *mbr.* von Testam. §. 11. Aber zu eines blinden Testam.

c) I. H. BOEHMER Diss. *de testamento non praelecto*, Hal. 1699. (Ei. *Exercitt. ad Pand. Vol.* 4. *exc.* 75.)

Tit. II.

De testamentorum priuatorum minus solennium forma externa.

§. CCCCLXXXV.

Testamenta minus solennia a), exceptionem seu priuilegium a regula communi continent. Eaque exceptio

ceptio vel facta est ab vtraque *forma*, tam interna, quam externa, vel non. Priori in casu huc pertinet *testamentum militare*, seu *vltima voluntas iure militari condita*, quae demum post exantlatam formam internam explicare potest (§. 589.) Posteriori vero, vel a sola forma interna, vel a sola forma externa. Ad illum casum pertinet *testamentum filiorumfamilias super peculio militari factum* infra explicandum (§. 590. inf.) Ad posteriorem casum pertinent, 1) *testamentum principi oblatum*, 2) *testamentum tempore pestis conditum*, 3) *testamentum posterius quo scripti sunt heredes ab intestato in priori testamento praeteriti*, 4) *testamentum rusticorum*, 5) *testamentum parentum inter liberos*, 6) *testamentum ad pias caussas*.

a) Sam. Stryck Diss. *de testamentis priuilegiatis*. Hal. 1702. Ge. Henr. Ayrer Diss. *de testamenti minus solennis probatione*, Goett. 1747.

§. CCCCLXXXVI.

De testamento principi oblato.

Testamentum principi oblatum a), ex constitutione Honorii *b)*, originem duxit, quod ab omnibus solennitatibus, quae alias requiruntur prorsus solutum est, modo id non vltimum solum testatoris iudicium, sed etiam id quoque secundum eius voluntatem ipsi principi oblatum esse constaret. Oblationis forma in eo solum consistebat, vt Imperatorii in consistorio sedenti *c)*, per preces testatoris aut ab eo ipso, aut ab eius procuratore offerretur, quo facto vltimum testatoris elogium mera atque suprema ipsius Augusti fide sustinebatur, etiam si a principe ad supplicationem testatoris non rescriptum fuerit. Hoc testamentum principi oblatum in Germ. obuenire nequit, tum, quoniam principes

principes nostri ipsi consilio factiori non amplius intersunt cum, si praesidium etiam in eo gerant, tamen testamenta ibidem, vt totius fert consuetudo Germ., plane non offeruntur, potius ad dicasteria iurisdictionalia haec res pertinet, quapropter etiam testamenta, quae supremis iustitiae dicasteriis offeruntur, principi oblata dici nequeunt. Vnde etiam ea omnia minus recte se habent, quae de testamento ipsi principi, aut duobus secretariis intimis, eum in finem ad aegrotantem forte testatorem mittendis, offerendo proferunt.

a) C. F. WALCH Diss. *de testamento principi oblato* Ien. 1777. (Ei. opusc. n. 7).

b) In *L.* 19. *C. de testam.*

c) *L. cit. Omnium testamentorum,* inquit Imperator, *solennitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam principis tenet.*

§. CCCCLXXXVII.

De testamento tempore pestis condito.

In testamento tempore contagionis a) confecto, sola remissa est *vnitas contextus b),* seu testium simultanea praesentia, eorumque subscriptio et subsignatio vno eodemque tempore facta, si testamentum scriptum est. Nam *nuncupatiuum* etiam esse posse testamentum tempore pestis conditum, nullum est dubium. Ratio priuilegii ponenda est in periculo infectionis, quod testes deterrere potest, indeque non praecise requiritur, vt ipse testator, vel alii in eius aedibus morbo contagioso laborent, sed sufficit, talem in vrbe, aut pago grassari morbum, vbi testamentum conditur. Nulla igitur alia solennitas remissa est, adeoque etiam neque feminae, neque pauciores testes admitti debent iure cummuni

communi *c*), niſi leges prouinciales permittant. Si vero ſemel valide conditum eſt, non ſolum per annum, poſt ceſſantem peſtem, ſed perpetuo durat, quia argumentum a teſtamento militari deſumtum (§. 592.) propterea non procedit, quod in iure ſingulari extenſio tolerari nequeat.

a) C. ZIEGLER Diſſ. *de teſtam. tempore peſtis priuilegiato*, Vit. 1682. G. STVRM Diſſ. *de teſtam. t. p. condito*, ib. 1733.

b) L. 8. C. *de teſtam. Caſus maioris ac noui contingentis ratione, aduerſus timorem contagionis, quae teſtes deterret, licet aliquid de iure laxatum eſt: non tamen prorſus reliqua teſtamentorum ſolennitas peremta eſt. Teſtes enim huiusmodi morbo oppreſſos eo tempore iungi atque ſociari remiſſum eſt: non etiam conueniendi numeri eorum obſeruatio ſublata eſt.*

c) Recte id contra alius defendunt STRYCK *de caut. teſt. c.* 11. §. 3. aliique. In Saxonia tamen electorali et in camera imperiali minor numerus quoque admittitur.

§. CCCCLXXXVIII.

De teſtamento ruri condito.

In *ſcripto* teſtamento *ruſticorum*, ſeu eorum qui ruri domicilium habent, cuiuscunque conditionis et dignitatis 1) *ſeptem teſtium ſubſcriptio* neceſſaria eſt, ſi ſeptem teſtes literarium periti in promtu ſunt. 2) ſi autem ſeptem teſtes literarum periti deficiunt, *ſeptem* tamen *teſtes adhiberi debent*, ſi eorum copia haberi poteſt, et in hoc caſu vnus alterue pro aliis ſubſcribere poteſt, modo teſtatoris voluntas ceteris innoteſcat, vt eam poſt mortem illius deponere poſſint. 3) Sin etiam ſeptem teſtes haberi nequeunt *quinque teſtes* adhiberi debent qui omnes ſubſcribere debent, ſi omnes litterarum periti ſunt, ſin ſecus, iterum vnus alterue pro ceteris ſub-

subscribere valent, praelecto tamen testamento. 4) pauciores quam quinque testes non admittuntur. In testamento *nuncupatiuo* regulariter *septem* quoque testes requiruntur, et tantum in defectu aliorum, *quinque* quoque sufficiunt. Nulla vero alia solennitas remissa censeri potest, indeque etiam nec *feminae* admittendae.

a) S. Stryck Diss. *de testamentis rusticorum*, Frf. 1674. (Ei. Diss. *Francof Vol.* 2. *n.* 20.). F. Philippi Diss. *de testamento hominum ruralium*, Lips. 1690. I. D. Bartholomaeus Exerc. *de testamento rustico coram parocho et duobus tribusue testibus confecto*, Vlm. 1754.

b) *Ita res definienda erat. L. vlt. C. de testam.* — *In illis vero locis, in quibus raro inueniuntur homines litterati, per praesentem legem rusticanis (rusticitati) concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere: ita tamen, vt vbi scientes litteras inuenti fuerint, septem testes (quos ad testimonium conuocari necesse est) adhibeantur, et vnusquisque pro sua persona subscripat. Vbi autem non inueniuntur litterati, septem testes etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. Sin autem in illo loco minime inuenti fuerint septem testes: vsque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus: minus autem nullo modo concedimus. Si vero vnus, aut duo, vel plures fuerint litterati, liceat eis pro ignorantibus litteras, praesentibus tamen, subscriptionem suam interponere: sic tamen, vt ipsi testes cognoscant testatoris iurato deponant. Ordinat Maxim. d. a.* 1512. „Wenn mehrere Zeugen nicht zu bekommen wären, aufs wenigste 5 Zeugen. — add. Reglem. v. 19ten Jun. 1749. Jurist. Beytr. 1. S. d. 53. conf. Klein Annal. 2 B. S. 283.

§. CCCCLXXXIX.

De testamento posteriori priuilegiato.

Si in priori testamento iure perfecto, heredes extranei, nullam scilicet ab intestato successionem habentes,

habentes, inſtituti ſunt, teſtator autem nouum facit teſtamentum, in quo heredes ab inteſtato in priori praeteritos inſtituit, ad huius poſterioris formam externam ſolum requiruntur *quinque teſtes a)*. ex ceteris vero ſolennitatibus nihil remiſſum eſt. Requiritur autem in hoc teſtamento, vt prius teſtamentum non ab eodem teſtatore ſolum legitime factum ſit, ſed etiam vt in priori teſtamento tales ab inteſtato heredes non praeteriti fuerint, qui neceſſario aut exheredandi aut inſtituendi erant, quia alias teſtamentum orius iam ipſo iure inualidum eſſet, neque adeo per teſtamentum poſterius tolli poſſet.

a) L. 21, §. 3. C. de teſtam. *Si quis autem teſtamento iure perfecto, poſtea ad alind venerit teſtamentum: non alias quod ante factum eſt, infirmari decernimus, quam ſi id, quod ſecundo facere teſtator inſtituit, fuerit conſummatum. Niſi forte in priori teſtamento ſcriptis his, qui ab inteſtato ad teſtatoris hereditatem, vel ſucceſſionem venire non poterant, in ſecunda voluntate teſtator eos ſcribere inſtituit, qui ab inteſtato ad eius hereditatem vocantur. Eo enim caſu, licet imperfecta vidiatur ſcriptura poſterior, infirmato priore teſtamento, ſecundam eius voluntatem non quaſi teſtamentum, ſed quaſi voluntatem vltimam inteſtati valere ſancimus: in qua voluntate quinque teſtium iuratorum depoſitiones ſufficiunt: quo non facto, valebit primum teſtamentum, licet in eo ſcripti videantur extranei.*

§. CCCCXC.

De teſtamento parentum inter liberos.

Si parentes inter *ſolos* teſtantur *liberos a*), eiusmodi teſtamentum ab omnibus ſolennitatibus ordinationis cauſa neceſſariis, ſolutum eſt, ita tamen *b*), vt 1) nihil deficiat ex iis, quae ad ipſam vltimae voluntatis parentum ſcribat diſpoſitioni, 3) adiecto tempore, ſcil. anno, menſe atque die,

die, 4) liberorum nomina manu propria scribat, 5) vt vncias quoque, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significet, sed per totas literas declaret. Quod si haec omnia secundum praescriptam rationem seruauit testator, eius dispositio *absque omnibus testibus valet*, atque sola sufficit parentum scriptura. Vnde igitur patet etiam: 1) *testamentum hoc priuilegiatum parentum inter liberos* tantummodo *scriptum* esse posse, atque adeo *nuncupatiuum c*) ordinarias requirit solennitates. Sed secundum *ius patrium d*), etiam *testamentum coram notario et duobus testibus nuncupatum* admittitur, 2) parentes hac priuilegiata ratione solum testari posse *inter solos liberos*, adeoque, quoties *persona extranea praeter liberos* in heredis institutione directa obuenit, toties quoque ordinaria iterum forma seruari debet, 3) *ceteras solennitates* tam externas, quam internas *non esse remissas*, 4) vt *totum testamentum manu propria scribant necesse non esse*. Et quum sit testamentum, 5) *parentes quoque liberos in tali testamento exheredare* posse *e*) nostra quidem est sententia.

a) I. Heymann Spec. *de testamento parentum inter liberos*. (Ei. *Exercitt iur. vniu. n.* 8). C. Weidling Diss. *de testam. quae parentes ex priuilegio Nou.* 107. *inter liberos suos condere possunt*, Lips. 1701. I. C. Koenig Diss. *de parentibus inter liberos disponentibus*, Marb. 1744. G. L. Mencken Diss. *de testam. par. inter liberos priuil. iure ciuili scriptura inualido*, *ad Nou.* 107. c. 1. Helmst. 1756. (Ei. *opusc. u.* 18.).

b) *Nou.* 107. *c.* 1. *volumus, si quis litteras sciens, inter suos filios voluerit facere dispositionem, primum quidem eius subscriptione tempus declaret, deinde quoque filiorum nomina propria manu: ad hoc vncias, in quibus scripsit eos heredes, non signis numerorum significandas, sed per totas litteras declarandas: vt vndique clarae et indubitatae consistant.* Si

Si vero etiam rerum voluerit facere diuisionem, aut in quibusdam rebus certis aut omnes aut quasdam institutiones statuere, et harum inscribat significationes: vt eius litteris omnia declarata, nullam vlterius contentionem: filiis derelinquant. **Struben** 4. Th. Bd. 10. Ob ein Testament der Eltern unter ihren Kindern gültig ist, wenn die darin vermachte Summe mit Ziffern geschrieben worden.

c) I. P. CARRACH Diss. *de dispositionibus parentibus parentum inter liberos nuncupatiuis*, Hal. 1754. G. F. KRAVSE Diss. *de testam. parentum inter liberos minus solenniter nuncupato*, Vit. 1767.

d) *Ordinat. Notar. Maximil. d. a.* 1512. *tit.* von Testamenten §. 3.

e) Generaliter enim testamentum parentum vocatur et priuilegiatum, adeoque regula est, vbi heredis institutio directa obuenire potest, ibi etiam exheredatio excludi nequit, neque vlla ratio proferri potest, quare ad exheredationem solenne testamentum requiratur, ad heredis institutionem autem directam sufficere debeat minus solenne. Argumentum quoque: exceptionem vltra casum exceptum extendi non debere, et odiosa restringenda esse, nihil hoc loco ad rem facere potest, quia testamentum parentum inter liberos ad hunc casum non restrictum est, potius Iustinianus propter maiorem certitudinem, quaedam intuitu heredis institutionis directae antiquioribus legibus addidit. Denique falsum est: hocce testamentum in fauorem liberorum solum introductum esse, quin potius parentes priuilegio condonati sint. — I. F. RIVINVS Diss. *de filio in testamento parentum priuilegiato non exheredando*, Lips. 1752. F. G. ZOLLER Diss. *de liberis exheredandis in testamento parentum minus solenni*, Lips. 1768. J. C. Quistorp ob Eltern in der Disposition unter ihren Kindern eine merkliche Ungleichheit bei der Vertheilung beobachten und diesen oder jenen nach eigener Willkühr bis auf den Pflichttheil von ihrer Verlassenschaft ausschließen können (Ei. Beytr.) G. H. ALDRINGEN Diss. *de filio in imperfecto parentis inter liberos testamento ne bona quidem mente exheredando*, Aug. Treu. 1785.

§. CCCCXCI.

Extranea persona a), quae omnis ea est, quae inter liberos non referri potest, heres quidem directe vna cum liberis in tali testamento institui nequit, et eiusmodi heredis institutio pro non facta habetur *b*), bene vero legata et fideicommissa relinqui possunt, extraneae personae, eaque valent, licet nulli testes obueniant, scil. si ea dispositio qua legata et fideicommissa extraneo relinquuntur, aeque perscripturam fit, in nuncupatiua vero testes quidem requiruntur sed solius probationis gratia *c*), indeque et feminae admitti debent (§. 504.)

a) F. C. HARPPRECHT Diss. *de admixtione personae extraneae in dispositione parentum inter liberos.* (in Codect. *Dispp. Ei. n.* 50.). I. F. RIVINVS Diss. *de testam. par. i. l. coram duobus testibus respectu extraneae personae inualido*, Lips. 1776.

b) *L.* 21. §. 1. *C. de testam. Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus vtriusque sexus habeatur, non volumus. Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona: certum est eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere.*

c) Neque obstat, confirmat potius nostram sententiam *Nou.* 107. *c.* 1. verb. *si tamen aut vxori aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, aut libertates, et haec propria scripta manu dictaque a testatoribus coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita ipsi et scripserunt, et voluit valere, sint firma; nihilo minuenda eo, quod videantur in charta scripta, reliquam obseruationem testamentorum non suscipientia: sed hoc solum immutetur, quod eius manus et lingua habet omnem virtutem chartae praebitam.* add. *Auth. quod sine C. de testam. Quod sine subscriptione ita procedit — in quo et aliis legari et fideicommitti, et libertas relinqui potest.*

§. CCCCXCII.

§. CCCCXCII.

De diuisione parentum inter liberos,

Ab hoc testamento parentum inter liberos, seu liberorum heredis institutione directa, differt *nuda diuisio parentum a*), si parentes liberis tamquam heredibus ab intestato succedentibus singulas res hereditarias in casum mortis ita adsignant, vt quasi ab his liberis ante aditam hereditatem diuisio hereditatis paternae euentualiter fiat *b*). Haec diuisio parentum inter liberos, vel per modum pacti, vel nudae vltimae voluntatis fit. Priori in casu *Romanis incognita erat*, *sed moribus sustinetur*, quamuis non praesumatur, et magis inter ipsos liberos fit, quam inter parentes et liberos, nisi expresse ita ineatur, quo in casu ex donatione parentum in liberos res aestimanda videtur. Posteriori in casu, nulla quidem solennitas ordinationis requiritur, bene vero solennitas probationis, neque per hanc legitimae liberorum inferri potest laesio *c*). Vt autem diuisio aequales contineat partes, necesse non est.

a) F. C. Harpprecht Diss. *de diuis. bonorum in liberos a parente adhuc in viuis facta*, Tub. 1700. (Ei. *Dissert. Vol.* 1. *n.* 18). C. Wildvogel Diss. *de diuisione parentum inter liberos*, Ien. 1710. R. C. Henne Diss. *de cessione bonorum liberis a parentibus adhuc viuis facta*, Erf. 1758. rec. 1760. F. S. Bergmann Epist. *de diuis. par. int. lib.* Lips. 1773.

b) *Nou.* 107. *c.* 3. *Quia vero nouimus aliquos diuisiones facientes inter proprios filios, et praeparantes eos his subscribere: et hoc schema suscepimus. Si quis enim diuidat proprias res, et ipsas filios euocant facit subscribere diuisionibus ipsis, et ratas eas iudicare, et profiteri filios hoc secundum hunc habere modum: sit et hoc firmum in huiusmodi rerum diuisione secundum nostram constitutionem, quam ob hoc posuimus:* (*Nou.* 18. *c.* 7.), *quam in omnibus, quae in ea continentur, firmam esse per haud legem sancimus. Si autem*

et in diuisione ipse subscripserit, et clara omnia per subscriptionem suam fecerit, sit et hoc ratum: quoniam et hoc nostra legislatione continetur, add. *Nou.* 118. c. 7. et *L.* 20. §. 3. *C. fam. ercisc.*

c) *Nou.* 18. *c.* 7. *in f.* — *De successionibus itaque et collationibus et aliis quae praidicta sunt, vsque in hoc sancitum sit.*

§. CCCCXCIII.

De testam. ad pias caussas.

Iure canonico quoque *testamentum ad pias caussas a*), omnibus solennitatibus solutum est. Est tamen non proprie testamentum specialiter priuilegiatum, sed potius, quaecunque dispositio in fauorem piae causae, in vltima voluntate facta, valet, et effectus suos habet intuitu ecclesiae et pii corporis *b*), licet ratione aliorum heredum et legatariorum inualida sit vltima voluntas. Sed quamuis maiori priuilegio gaudeat quam omnia alia testamenta, tamen imperfecta voluntas, neque complete absoluta dispositio in fauorem piae causae incepta, valere non potest. Et licet tres aut duo testes requirantur, nullum tamen dubium est, quin etiam absque testibus valere possit, modo de veritate dispositionis aliunde constet, quum tres aut duo testes solius probationis caussa exigantur.

a) G. A. Ienichen *Coniecturae de origine testam. ad pias caussas*, Lips. 1732. T. Wagner Diss. *de testam. ad p. c. ob voluntatem imperfectam nullo*, Lips. 1735. E. Otto *de testam. ad p. c.* Vltr. 1735.

b) c. 11. X. *de testam. Relatum est, quod cum ad vestrum examen super relictis ecclesia deducitur, vos nisi septem, vel quinque idonei testes interuenerint — Mandamus, quatenus cum aliqua caussa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis,*

tractetis, tribus aut duobus legitimis testibus requisitis: Quoniam scriptum est, in ore duorum vel trium testium stat omne verbum.

§. CCCCXCIV.

Ceterum, quum exceptio a regula non prius statuenda sit, nisi illa lege expresse constituta sit, ea omnia, prorsus corruunt, quae de testamento *parturientium a*), *moribundi*, *peregrinantium b*) etc. priuilegiato proferuntur.

a) M. BRVMMER Diss. *vtrum testamenta parturientium inter caetera sequioris sexus iura sint vel esse debeant priuilegiata*, Vltrai. 1695. ex edit. C. G. REINHARDT, Ien. 1746. Westphal Unters. der Frage: ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testam., des vorhanden gewesen außerordentlichen Nothfalls wegen gültig sey. Niedersächs. Archiv 2 B. n. 27. E. M. CHLADENIVS Diss. *vtrum testam. nunc. moribundi valeat.* Vit.

b) S. STRYCK Diss. *de testamento in itinere confecto*, Erf. 1677. (Ei. *Diss. Francof.* Vol. 5. n. 10.

B) *De testamentorum publicorum forma.*

§. CCCCXCV.

Publicum testamentum a) est illud, quod publica auctoritate nititur (§. 473.). Apud Romanos nullum aliud testamentum publicum erat, quam testamentum principi oblatum, quod tamen tamquam publicum non proprie spectatum, sed potius ad testamenta priuilegiata relatum fuit (§. 485.), et quod hodie in Germania non obuenit (§. cit.). Et quamuis etiam apud iudices testamenta deponere solerent Romani ciues, id tamen solum fiebat maioris securitatis gratia, adeo vt testamenta, *secundum ordinariam formam confecta b*),

nunc in scriniis iudicialibus adseruarentur, praelectis antea testamenti tabulis, atque gestis publicis insertis.

a) H. C. *L. B. de* SENCKENBERG Diss. *de testamenti publici origine et solennitatibus extrinsecis secund. ius romanum ac patrum.* Goetting. 1736. EIVSD. Weitere Ausführung von gerichtl. Testam. bey den Teutschen rc. ibid. eod. C. V. GRVPEN Obs. *de forma testamentorum iudicialium et priuatorum in scriptis et de sinceritate testamentorum sub testificatione actorum, sine testium indubitata fide seruanda, vallanda, munienda.* Hanou. 1753. I. C. BALSER *de forma testamenti iudicialis externa,* comment. *qua haec doctrina tam ex rationibus iuris romani quam patrii deducitur,* Giess. 1745.

b) MARCVLPH. *L.* 2. *Form.* 31. *Anno illo, sub die illa, ciuitate illa, adstante defensore et omni curia illius ciuitatis, Titius prosecutor dixit: peto optime defensor, vosque laudabiles curiales atque municipes, vt mihi codices publicos patere iubeatis. Quaedam enim in manibus habeo, quae gestorum cupio allegatione roborari. Defensor et curiales dixerunt, patent tibi codices publici, prosequere quae optas. Prosecutor dixit: Caius vir illustris mihi mandauit, testamentum, vt mos est, gestis municipalibus insinuarium. Defensor dixit, mandatum quidem recitatum est, sed testamentum, quod prae manibus te habere dicis, etiam nobis praesentibus recitetur, et vt postulas, gestis publicis firmetur. Post recitationem testamenti, Defensor et curiales dixerunt, testamentum quod recitatum est, gestis inseratur. Prosecutor dixit: hoc amplius peto, optime defensor, vt mihi gesta publica edantur: Defensor et ordo curiae dixerunt: quia testamentum et mandatum rite condita et bonorum virorum subscriptionibus firmata cognouimus, aequum est, vt gesta cum a nobis fuerint subscripta et ab amanuensi edita, tibi ex more tradantur, eademque in archiuis publicis conseruentur.* Alii autem in *L.* 19. *C. de testam.* (*Sicut ergo securus erit, qui actus cuiuscunque iudicis aut municipum aut auribus priuatorum mentis suae postremum publicauit iudicium*) testamenta iudicialia iam inuenire volunt.

§. CCCCXCVI.

§. CCCCXCVI.

De testamento publico hodierno.

Nostris autem temporibus in Germania alia plane ratione testamenta publica fiunt, nullaque solennitate priuatorum testamentorum in iisdem opus est. Est enim *testamentum publicum* hodie illud, quod auctoritate iudiciali nititur, illudque vel scriptum vel nuncupatiuum est. Priori in casu *testamentum iudici oblatum a*), posteriori vero *testamentum apud acta b*) seu *iudiciale in specie* nominatur.

a) I. Heymann *spec. iur. germ. de testamenti tabulis iudici exhibendis.* (Ei. *Exercitt. iur. rom.* n. 6.) G. S. Madihn Diss. *de validitate testamenti non rite oblati*, Hal. 1771.

b) I. Heymann *spec. iur. german. de iure testamenta apud acta condendi.* Eivsd. spec. *de testamente apud acta nuncupando* (Ei. *Exercit iur. rom.* n. 3. 4.) F. C. Conradi Diss. *de testamento publico, quod fit apud acta*, Helmst. 1751. I. G. Wendenschlegel Comm. *de modo testandi ad acta iudicialia.* Aug. Vind. 1750.

§. CCCCXCVII.

De testamento oblato.

Ad validitatem oblationis testamentorum requiritur, 1) *vt testamentum iudici* regulariter in loco consueto *a*) *offeratur.* Per modum exceptionis solum honoratioribus, praesertim feminis, et morbo impeditis indulgetur, vt etiam oblatio in domo testatoris iudici eiusque actuario, aut deputatis membris collegii cuiusdam fieri possit: 2) *vt oblatio* aut *a testatore ipso* aut ab *eius procuratore b*) in loco consueto *fiat.* Si vero domi oblatio

latio fit, testator ipse testamentum offerre debet. 3) *Vt in vtroque oblationis actu protocollum super ipso oblationis et insinuationis actu conficiatur*, atque 4) *testamentum ipsum scriniis iudicialibus consuetis reponatur*, et tandem 3) *petenti testatori documentum depositionis seu recognitionis exhibeatur.* Si *testator neque legere neque scribere potest*, et nihilominus tamen testamentum scriptum offert, 6) *testamentum a iudice testatori praelegi debet*, vt inde constet, nihil contra voluntatem testatoris esse scriptum (§. 484.). Oblatio haec testamenti *cuicunque iudici c*) fieri potest, non autem in alieno territorio *d*) quum actus quidem voluntariae iurisdictionis sit, sed hodie iudex extra territorium nullum actum iurisdictionis exercere possit. Quum in hoc testamento scriptura iudicialis requiratur, *actuarii e*) aut alius ad acta conscribenda iurati praesentia necessario requiritur, neque sufficit a solo iudice confecta, nisi iudex simul ad acta conscribenda rite constitutus sit.

a) G. L. Mencken Diss. *de testamento iudiciali extra iudicii locum condito*, Viteb. 1716. *de* Cramer Ob ein *testamentum soli consuli in aedibus eius priuatis absentibus scabinis et actuario insinuatum, pro valido iudiciali indeque vitio visibili carente* zu halten sey. (Ei. W. N. *P. X. p.* 37.). Jurist. Beytr. 8. S. p. 86. E. d. G. E. v. 19. Febr. 1788.

b) Per procuratorem testamenta principi quoque offerri poterant; *L.* 19. *C. de testam.* Etiam testamenta priuata per procuratorem iudici offerebantur (§. 495. *not. b.*), sed quum iure romano eiusmodi testamenta ordinariam solemnitatem testamentorum priuatorum habere deberent, quod hodie cessat, etiam caute iudex hac in re versari debet, ne aliud testamentum substituatur. I. G. Gadendam Diss. *de testam. iudici per procuratorem ad acta exhibito*, Kil. 1770.

c) M.

c) M. H. GRIBNER Pr. *de testam. iudici incomp. oblato*, Lipf. 1732. I. P. STREIT Diss. *de testam. in diuersis iudiciis insinuato*, Erf. 1718.

d) M. G. ZEHELEIN Epist. *vtrum valeat testam. iudici extra territorium suum oblatum*, Ien. 1741. I. T. RICHTER Diss. *de testam. a iudice incomp. in territorio alieno condito inualido* Lipf. 1732.

e) I. F. LVDOVICI Diss. *de actuarii praesentia in actu testandi*, Hal. 1712. I. I. SCHIERSCHMIDT Diss. *de testam. coram solo iudici non conficiendo*, Erl. 1764. C. KOENIG Pr. *quod secundum ius Sax. testam. iudici et scabinis oblatum, si loco Actuarii Notarius substitutus fuerit, effectu suo destituatur*, Lipf. 1731. C. F. HOMMEL Pr. *de testam. iudiciali absque actuario neque ablegatis scabinis valido*, Lipf. 1764.

§. CCCCXCVIII.

Testamentum apud acta fit per declarationem voluntatis ipsius testatoris, coram iudice factam et ab actuario in scripturam redactam (§. 495.), eaque declaratio etiam *regulariter in consueto iudicii loco* coram *iudice praesente* fieri et ab *actuario* (si iudex non simul actuarius est) *in scripturam concipi debet*. Ex hac scriptura ab actuario confecta, plerumque fit deinde solemnis scriptura, quae testamenti tenorem continet, sigilloque iudicii et iudicis subscriptione firmatur. Vtrum valeat, si iudicialis non testamentaria dispositio testatori statim tradatur, an manere debeat in scriniis iudicialibus disputatur *a*) Sentiendum cum iis, qui valere putant *b*).

a) *L.* 18. *C. de testam. Testamenta omnia, caeteraque, quae apud officium censuale publicari solent, in eodem loco referuentur* (al. *referentur*) *nec vsquam permittatur fieri vlla translatio: mos namque retinendus est fidelissimae vetustatis, quem si quis in hoc vrbe voluerit mutare, irritam mortuorum videri faciet voluntatem.* add. L. 19. L. 23. C. eod.

b) Pv-

b) PVFEND. *III. obs.* 153. WALCH *Ius contr. II.* 4. 3. Meditt. B. 1. n. 1.

§. CCCCXCIX.

De testamento coram sculteto aut Notario confecto.

In quibusdam Germaniae prouinciis tam testamentum nuncupatiuum quam praecipue scriptum offertur et conficitur *coram sculteto* et *scabinis paganis a*) (Dorf = Schulze und Gerichte), quod tamen non aliter admittunt, quam si a dominis iurisdictionalibus hoc negotium illis est commissum. Coram *notario et duobus testibus masculis* factum testamentum tamquam a solemnitatibus ordinariis solutum, in Germania de iure communi non valet, licet quandoque legibus particularibus sustineatur, v. c. in *terris marchicis b*).

a) H. G. BAVER Diss. *de notione testam. iudicialis, imprimis eius, quod ruri coram sculteto et scabinis conditum est, valore.* Lips. 1766.

b) *Constit. d.* 3. *Sptbr.* 1718. §. 38. et *Constit. d.* 18. *Novbr.* 1718. §. 36. „Indessen ordnen wir zu Verhü„tung unnöthiger Processe, daß künftig alle Testamente „und Dispositiones, sowohl in Städten als auf den „Dörfern gerichtlich und um ein billiges verfertiget und „um ein billiges verfertiget und entweder offen oder „verschlossen übergeben werden sollen, es wäre denn, daß „auf den Dörfern entweder keine Gerichtsobrigkeit vorhan„den, oder nicht einheimisch sich befinden, auf welchen „Fall genug seyn soll, wenn jemand seinen letzten Willen „coram Notario et duobus testibus an den Tag gebe, „und sollen sonsten alle solemnitaeten cessiren, und „nicht einmal gefragt werden, ob die Zeugen gebethen, „oder die Verfertigung vno actu geschehn? sondern „genug seyn, wenn der Wille des testatoris vorhanden „oder durch obige darzuthun". *Constit. d.* 29. *April* 1724. §. 7. „Bey denen testamentis extraiudiciali„bus non priuilegiatis sollen nebst dem Notario nur 2 „Zeu-

„Zeugen nöthig seyn, wenn der testator das Testament „mit seiner Hand geschrieben und unterschrieben hat. „Wenn aber das Testament durch eine fremde Hand ge- „schrieben ist, so müssen 3 tüchtige Zeugen, nebst einem „Notario dazu erfordert werden, welche alle in specie „dazu erbethen, und vno actu wissentlich das Testament „unterschreiben sollen." Add. Cod. Frid. P. IV. tit. 6. §. 10. 12. conf. Irst. Beytr. 1. Samml. p. 53.

§. D.

De testamento coram parocho et duobus testibus.

Ex iuris canonici dispositione olim in Germania etiam iure communi valuit *testamentum coram parocho et duobus testibus a*) confectum, quasi parochus Notarii aut iudicis personam sustinere posset *b*). Quod vero deinde in desuetudinem ita abiit, vt non nisi in iis prouinciis valeat, in quibus vsu adhuc retentum est *c*). Aboletum est, ne via sterni amplius possit, parochis ad laicorum fortunas, quae ratio erat, propter quam iure canonico introductum erat.

a) I. P. KRIEGER Diss. *de testam. coram parocho et duobus testibus*, Alt. 1734.

b) c. 10. X. *de testam.* — *cum scriptum sit quod in ore duorum vel trium testium stet omne verbum: praescriptam consuetudinem improbamus: et testamenta, quae parochiani coram presbytera suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis huiusmodi audeat rescindere testamenta.*

c) Vt in *Saxonia non electorali*, in *Frisia orient.* et *Bamberg.*

§. DI.

Secundum quasnam leges condi debeat testamentum.

Testator eas solemnitates obseruare debet, quae valent in eo loco vbi moritur, adeo vt non ad leges

ges domicilii nec ad leges bonorum sitorum respiciendum sit, sed testamentum in loco quo testator moritur rite confectum, etiam ad bona alibi sita extenditur, modo priuilegiata forma a non priuilegiatis haud adhibeatur v. c. si ciuis priuilegio rusticorum vti velit, et modo quis non testetur de bonis, de quibus in loco, quo sita sunt, testari nemo potest.

β) De *codicillis.*

§. DII.

Natura et origo codicillorum.

Codicillus a) in significatu iuridico ea est vltimae voluntatis nuda dispositio, quae nullam heredis institutionem directam continet (§. 425.). Qui igitur in codicillis heres institutus est, nunquam heres directus fit, et fieri potest. Sed praeterea etiam codicillus nullam exheredationem continere potest *b*), quod exinde ortum, quia iure antiquo, si quis heredem extraneum instituere vellet, qui heredes necessarios haberet, antea heredes necessarios exheredare debebat, atque adeo exheredatio praecedere debebat ipsam heredis institutionem directam, indeque exheredatio in ea solum vltima voluntate obuenire poterat, quae heredis institutionem directam continebat. Codicilli vocabulo diminutiuo in relatione ad codicem testamentarium ita dicti, ab initio non nisi erant epistolae, quas testatores heredibus scribebant illisque aliquid iniungebant. Ab initio in vtilitatem peregrinantium, et postea, vt iisdem fideicommissa relinqui possent, introducta videntur *c*).

a) a Leyser Spec. 378. L. A. H. Svsewindt Diss. *de codicillis*, Aug. Treu. 1738. E. Dvnivs Comm. *de vete-*

veteri et nouo iure codicillorum atque de solemni quinque testium numero in codicillis vel testamento confirmatis, aduersus I. H. BOEHMERVM Rom. 1752. G. L. BOEHMER Pr. *de quatuor modis conficiendi codicillos*, Goett. 1762. (Ei. Elect. T. 1. n. 8.).

b) §. 2. *I. de codicill.* — *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur ius testamentorum et codicillorum et ideo nec exheredatio scribi potest.* (§. 425. not. b.).

c) *Pr. I. eod. tit. Ante Augusti tempora constat, ius codicillorum in vsu non fuisse, sed primus Lucius Lentulus (ex cuius persona etiam fideicommissa esse coeperunt) codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum, vt faceret aliquid Et cum diuus Augustus voluntatem eius implesset: deinceps reliqui autoritatem eius secuti, fideicommissa praestabant; et filiae Leutuli legata, quae iure non debebat, soluit. Dicitur autem Augustus conuocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cuius tunc autoritas maxima erat, et quaesisse, an posset recipi hoc, nec absonans a iuris ratione codicillorum vsus esset: et Trebatium suasisse Augusto, quod diceret vtilissimum atque necessarium hoc ciuibus esse, propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent: vbi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post quae tempora cum et Labeo codicillos fecisset: iam nemini dubium erat, quin codicilli iure optimo admitterentur.* F. WIDEBVRG (Praes. S. P. GASSER) Diss. *de fideicommissorum et codicillorum origine*, Hal. 1731.

§. DIII.

De diuisionibus codicillorum.

Ab initio omnes codicilli solum *scripti* erant, sed postea quoque per *nuncupationem* fiebant, vnde codicilli eadem ratione ac testamentum (§. 473.) distinguuntur in *scriptos* et *nuncupatiuos*. Porro nullum dubium est, quin ab initio solum testamento adiecti sint, adeoque *testamentarii* fuerint, sed

sub

ſub Auguſto quoque codicilli ab eo relinquebantur, qui teſtatus non erat, (§. praec. not. c.) et ſic tam *teſtamentarii* quam *ab inteſtato a*), eſſe poſſunt, prout vel ab eo relinquuntur, qui etiam validum teſtamentum reliquit, vel qui ab inteſtato i. e. ſine herede, directe inſtituto, mortuus eſt. Et quum ad codicillos quandoque certa requiratur forma atque ſolemnitas, diſtinguuntur quoque in *ſolemnes* et *minus ſolemnes*.

a) §. 8. *I. de codic. Non tantum autem teſtamento facto poteſt quis codicillis facere, ſed et inteſtatus quis decedens fideicommittere codicillis poteſt.*

§. DIV.

De codicillis teſtamentariis.

Codicilli teſtamentarii praeponunt teſtamentum validum ab eo relictum, cuius codicilli ſunt (§. pr.) illique tam ſcripti eſſe, licet teſtamentum nuncupatiuum ſit, quam nuncupatiui accedere poſſunt ad teſtamentum ſcriptum. Sunt autem in genere codicilli teſtamentarii eius indolis, *vt non niſi valente teſtamento* etiam valere poſſint *a*) atque corruente teſtamento etiam *codicilli teſtamentarii corruant.* Vnde non niſi pro acceſſorio ipſius teſtamenti haberi poſſunt, indeque 1) *propria virtute ſtandi propriaque ideo ſolemnitate non indigent b*), ſed ſufficit, ſi de veritate eorum conſtat, quod quum ex ſola ſcriptura confici poſſit, etiam *teſtes c*) in iisdem non requiruntur, 2) quum teſtes non ordinationis ſed ſolius probationis cauſa exigantur, *etiam mulieres teſtes eſſe poſſe in hisce codicillis teſtamentariis.* 3) *Codicilli etiam ante teſtamentum facti per teſtamentum poſtea confectum vires accipiunt*, licet in ipſo teſtamento confirmati non ſint *d*),

4) ideo-

4) ideoque *codicilli teſtamentarii non dici poſſunt ſolemnes.*

a) *L.* 3. *§. vlt. D. de iure codic. Teſtamento facto etiamſi codicilli in eo confirmati non eſſent, vires tamen ex eo capiunt. Denique ſi ex teſtamento hereditas adita non fuiſſet, fideicommiſſum ex huiusmodi codicillis nullius erit momenti. L.* 28. *D. de cond. et demonſtr. Si ita ſcripſero quantum codicillis Titio legauero, licet codicillis legatum explicetur, tamen ex teſtamento valet.*

b) *§. vlt. I. de codic. Codicillos etiam quis plures facere poteſt, et nullam ſolemnitatem ordinationis deſiderant.* De codicillis teſtamentariis ſolum hoc loco Imperatorem loqui, ex antecedentibus facile intelligitur.

c) I. H. Boehmer Diſſ. *de codicillis abſque teſtibus validis*, Hal. 1734. (Ei. *exercitt. ad P. T. V. n.* 78.) Quem quidem refutare voluit Dunius *lib. cit.* ſed ipſe fatetur Conſtantinum M. in ſolis codicillis ab inteſtato teſtes ordinationis exigiſſe, non in codicillis teſtamentariis. Praxin Brandenburgicam cum noſtra ſententia conſpirare, videre licet ex Beytr. zur juriſt. Litter. Samml. 4. pag. 52. ſeq. et Brieſwechſel die Preuß. Juſtiz-Verbeſſr. betr. 2 Heft.

d) *§.* 2. *I. eod. Sed cum ante teſtamentum factum codicilli facti erant: Papinianus ait, non aliter vires habere, quam ſi ſpeciali poſtea voluntate confirmantur. Sed D. Seuerus et Antoninus reſcripſerunt: ex iis codicillis, qui teſtamentum praecedunt, poſſe fideicommiſſum peti: ſi appareat, eum qui teſtamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expreſſerat, non receſſiſſe.*

§. DV.

De codicillis ſolemnibus, ſeu ab inteſtato.

Codicilli ab inteſtato ab eo relinquuntur, qui abſque valido teſtamento deceſſit (§. 502.). Hi igitur propriam virtutem ſtandi habere debent adeoque etiam certa ſolemnitate indigent. Hanc primum

mum acceperunt a Constantino M. *a*), qui sanxit, vt quinque testes adesse debeant. Constantini legem repetiit Imp. Theodosius iunior *b*), adeo vt nunc in hisce codicillis ab intestato requiratur, 1) *vnitas contextus*, 2) *praesentia quinque testium*, 3) *horumque testium subscriptio*, non autem subsignatio, quando nempe codicilli in scriptis componuntur. Quare exinde patet 1) *codicillos hos esse solemnes*, ideoque 2) *testes ordinationis causa requiri* 3) indeque *feminas c*) *a testimonio in iisdem perhibendo remouendas esse d*). 4) *Legatarius quoque in iisdem testis esse potest e*).

a) *L.* 1. *C. Th. de testam. et codicill.*

b) *L.* 8. §. 3. *C. de codicill. In omni autem vltima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel qui fortuitu venerint, in vno eodemque tempore debent adhiberi: siue in scriptis, siue sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis voluntas componitur, subnotationem suam accommodantibus.* Siue haec verba Theodosii siue Triboniani sint, id tamen dubio caret, in his verbis solum esse sermonem de codicillis ab intestato, vt ex priori sermone adparet.

c) G. A. Ienichen Diss. *de efficaci mulierum testimonio in codicillis tam rom. quam germ.*, Lips. 1731. rec. 1734. I. T. Richter Diss. *de testimonio mulierum in codicillis iure ciuili inualido*, Lips. 1748. G. A. Spangenberg Comm. *de mulier. ob testium solemnitatem testimonii ferendi in codicillis experte*, Goett. 1770.

d) Praeter alias rationes nostra sententia ex eo robur accipit, quod in *Basilicis* eadem prohibitio deprehendatur.

e) Quum enim legatarius in eodem testamento testis esse possit, quo legatum accepit, cur non etiam in codicillo? Quod heres in testamento esse nequeat, ex testamento per aes et libram solum originem traxit, ex eoque argumento communis sententia probari nequit.

§. DVI.

§. DVI.

De clausula codicillari.

Codicilli quoque non solum ab initio tales esse possunt, sed quoque testamentum in codillos postea mutari potest per clausulam codicillarem testamento adiectam. Est autem *clausula codicillaris a*) non nisi *declaratio testatoris testamentum condere volentis, testamento iam facto adiecta, quod haec vltima voluntas, si iure testamenti valere nequeat, tamen iure codicilli valere debeat*, et haec clausula codicillaris iam iure romano cognita fuit *b*). Ex ipsa autem huius clausulae codicillaris notione statim adparet, intentionem testatoris eo redire, vt si testamentum non tamquam testamentum valere possit, tamen tamquam codicillus valeat. Quare etiam absque hac expressa testatoris declaratione clausula codicillaris tacita assumi nequit *c*). Et quum codicillus sit vltima voluntas nuda, etiam hoc testamentum, clausula codicillari munitum, nihil aliud continere potest, quam quae vltima voluntate contineri possunt. Vnde etiam absurda est nostrorum Practicorum formula: Da auch dieses mein freyer und ungezwungner Wille ist, so will ich, daß solcher zu allen Zeiten gelten und zu Rechte bestehen soll, wo nicht als ein zierlich (feierliches) Testament, doch als ein minder zierlicher letzter Wille, Codicill, *Fideicommiss.* Schenkung unter den Lebenden, oder auf den Todes Fall, Vermächtniß zu milden Stiftungen, oder wie er sonst am besten und sichersten bestehn kann. Namque 1) iam ipso iure, sine hac etiam clausula, testamentum tamquam priuilegiatum aut ad pias causas valere deberet, 2) fideicommissum iam comprehenditur codicillo, 3) donatio autem inter viuos in vltima voluntate obuenire nequit, quippe quae donatio tamquam actus inter viuos in vltima voluntate

luntate nuda obuenire nequit, 4) donatio mortis causa etiam codicillo iam continetur, et insuper in eadem etiam acceptatio donatarii necessaria est.

a) S. STRYCK Diss. *de clausula codicillari*, Frf. 1670. (Ei. *Diss. Francof. Volum. I. n.* 18.). H. C. SENCKENBERG Diss. *de clausa. codic. inefficacia*, Goett. 1738. F. ALEF Diss. *de otio clausulae codicillaris in testamento*, Heid. 1750. R. C. HENNE Diss. *de vi et potestate clausa. cod. testamentis adiectae*, Erf. 1773.

b) *L.* 29. *D. qui testam. facere poss. Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea quae fideicommissorum verba habent, peti posse. Ex his verbis, quae scriptura paterfamilias addidit, hoc testamentum volo esse ratum quacunque ratione poterit; videri eum voluisse omnimodo valere ea, quae reliquit, etiamsi intestatus decessit;* add. *L.* 13. *D. de inoff. testam.* 88. §. 17. *de legat.* 2. *L. fin. C. de codicill.*

c) *L. f.* §. 1. *C. de codicill. Illud quoque pari ratione seruandum est, vt testator, qui decreuit facere testamentum, si id adimplere nequiuerit, videatur esse defunctus: nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem, velut ex codicillis vltimam voluntatem: nisi id ille complexus sit, vt vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere;* I. T. FROELICH Diss. *de aequitate tacite subintellectae clausulae codicillaris in testamentis*, Arg. 1727. C. A. TITTEL Opusc. *de clausa. codic. subintellecta*, Ien. 1759. H. G. SCHORCH Diss. *qua clausa. codic. praesumtam non dari ostenditur*, Frf. 1765.

§. DVII.

De effectibus huius clausulae codicillaris generalibus.

Effectus huius clausulae codicillaris, vel sunt generales, vel speciales. De posterioribus infra demum, in theoria de testamentis inualidis, dicendi locus erit. Priores autem quod attinet, vel vltima

voluntas,

voluntas, cui illa clausula adiecta est, iure testamenti seu solemnis seu minus solemnis valere potest, vel non. Illo in casu *clausula codicillaris nullum effectum habet*, quoniam heredis institutio directa, ex intentione testatoris ante omnia, et testamentum tantum in subsidium iure codicilli, valere debet. Hoc autem in casu, vel illa vltima voluntas requisita codicillorum ab intestato habet, vel non. Si prius *clausula codicillaris efficit, vt testamentum nunc tamquam codicillus spectetur*, atque adeo heredis institutio directa corruit, et heredes ab intestato sucedunt, qui voluntatem defuncti tamquam codicillum ab intestato adimplere deberi, indeque et heredi directe instituto hereditatem detracta trebellianica (§. 666.) restituere et legeta ex soluere debent. Sin posterius, *clausula codicillaris nihil operatur*, quoniam declaratio testamentoris solemnitates, legibus praescriptas, nec tollere nec mutare potest, indeque etiam nec valet tanquam fideicommissum, donatio inter viuos, aut mortis causa, nisi iure codicillorum testamentariorum valere possit, scilicet aut ita vt testamentum prius, aut vt testamentum posterius tamquam codicillus valeat, de qua re infra.

γ) *De apertura vltimae voluntatis.*

§. DVIII.

De apertura testamenti apud Romanos.

Tabulae testamenti apud Romanos plerumque autoritate praetoris aperiebantur *a*) *qui coegit signatores conuenire et sigilla sua recognoscere b*), quod ad testamentum praetorium pertinere videtur.

tur. Poterat autem *resignari testamentum et recitari*, *modo maior pars signatorum fuerit inuenta c*). Specialiter Scto Claudiano constitutum erat: vt, si testator occisus reperiebatur, non prius testamentum aperiatur, quam de familia quaestio habita, suppliciumque de noxiis seruis sumtum fuerit, *ne heres propter compendium suum familiae facinus occultaret d*). Praeterea quoque heres antea de hereditate acquirenda sollicitus esse non debebat, nisi mortem testatoris vltus fuerit, alias amittebat hereditatem *e*). Quod vtrumque hodie cessat, quum seruos non habeamus, et iudex criminalis ex officio inquirere debeat, neque etiam heres ad sumtus inquisitionis suppeditantos tenetur, licet hereditas opima sit. Recentiori iure romano testamenta quoque aperiebantur in iudiciis, testibus, ad recognoscendas subscriptiones et sigilla, eum in finem adcitatis.

a) G. H. Brückner Diss. *de apertura testamentorum.* Ien. 1711. I. F. Rivinus Diss. *de prohibita publicatione testamenti a testatore facta,* Lips. 1766. Unters. der Fr. *de aperiendo et inspiciendo testamento*, 1750.

b) *L.* 4. *D. testam. quemadm.* Paull. *rec. sent. L.* 4. 6. §. 8.

c) *L. 6. eod.*

d) *L.* 3. §. 29. *D. de SCto Claudiano.*

e) *L.* 25. §. 2. *D. eod.*

§. DIX.

De apertura testamenti hodierna.

Hodie testamenta aut sunt publica, aut priuata. Posteriora extraiudicialiter praesentibus heredibus, aut successoribus ab intestato, aperiuntur, si autem nemo heredum aut successorum adest, eorum quo-

que

que apertura et publicatio fit iudicialiter, citatis per edictum illis, quorum intereſſe poſſit. Priora autem ſemper iudicialiter, aperiuntur et recitantur in conſpectu eorum, quorum intereſt, et ſi iidem ignorantur, publice per edictum eum in finem citantur.

DISTINCT. II.

Qui teſtari poteſt?

§. DX.

Quiuis ciuis romanus teſtandi facultate gaudebat, et quiuis apud nos etiam teſtamentum condere poteſt. Erant tamen, et ſunt quaedam perſonae, quae teſtamentifactione carent *a*), adeo vt etiam eorum codicilli inualidi ſint. Nam, *qui teſtamentum facere nequit etiam codicillos non facere poteſt b*). Qui teſtamentum facere non poſſunt, ex quadruplici fundamento aeſtimari poſſunt, et quidem 1) *quod mentis integritatem ad diſpoſitionem vltimae voluntatis neceſſariam non habeant*, aut 2) *quod ſtatu ciuili careant*, 3) *quod aut comitiis calatis intereſſe, aut ritum mancipationis ſuſcipere non poſſent*, aut denique 4) *iure nouiori priuilegium odioſum acceperint*.

a) S. STRYCK Diſſ. *de prohibitis teſtari*, Hal. 1708. B. F. I. *de* RVTHE Diſſ. *de iis qui teſtam. fac. poſſunt vel n.* Arg. 1742.

b) *L. 6. §. 3. D. de iure codicill. Codicillos is demum facere poteſt, qui et teſtamentum facere poteſt. L. 2. D. de legat 1. Sciendum eſt, eos demum fideicommiſſum poſſe relinquere, qui teſtandi ius habent.*

§. DXI.

De iis qui mentis libertate et integritate carent.

Quidquid dispositionem in genere propter defectum libertatis ipsius disponentis interuertit atque tollit, etiam inualidam efficit vltimae voluntatis dispositionem sitionem. Quare si testator *metu, vi a), dolo, falsis persuasionibus b) minis non vanis* etc. inductus est ad testandum, totum corruit testamentum. *Blanditiae* et *obiurgationes* non nocent, neque etiam *sermo maritalis c). Ira d)* quoque non impedit, neque inualidam reddit vltimam voluntatem, modo non alterius dolo et alterius falsis narrationibus producta sit.

a) L. 2. D. *si quis aliq. test. probib. Si quis dolo malo fecerit, vt testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi, deneganda sunt actiones ei, qui dolo fecerit, siue legitimus heres sit, siue priori testamento scriptus.*

b) F G. Zoller Diss. *vtrum testam. importunis sollicitationibus factum valeat*, Lips. 1768.

c) L. 3. D. *si quis aliq. test. prohib. Virum, qui non per vim, nec dolum, quominus vxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed vt fieri adsolet, offensam aegrae mulieris maritali sermone placauerat, in crimen non incidisse respondi: nec ei, quod testamento fuerat, in crimen non incidisse respondi: nec ei, quod testamento fuerat datum, auferendum.* — C. L. Crell Diss *de sermone maritali cum vxore testamenti faciendi causa, ad L. 3. D. si quis aliq. test. probib.* Vit. 1739. (Ei. *Collect. Diss. et Progr. fasc V.*).

d) G. F. Deinlinvs Diss. *de testam. irati valido*, Alt. 1747.

§. DXII.

Praeterea propter deficientem mentis integritatem

tem testari non possunt, 1) *impuberes a*), quia nondum plenum animi iudicium habent, neque valent eorum testamenta in impubertate confecta post impubertatem etiam ratihabita *b*), aut etiam autoritate tutoris confecta. *Minores* autem omnino etiam absque curatoris consensu testantur *c*). Curatoris enim consensus in iis negotiis solum requiritur, in quibus laesionem sentire possunt indeque et eorum pacta successoria valere putamus *d*). 2) *Furiosi*, nisi per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus erat, quod etiam de testamento ante furorem facto omnino valet *e*). Generatim autem maxima circumspectio in testamento furiosi, tam in dilucidis interuallis, quam non multo ante furorem facto, adhiberi debet. 3) *Mente capti f*) seu *dementes*, quippe qui a furiosis in eo solum differunt, quod in prioribus defectus rectae rationis sese exserat in actiones violentas externas; 4) huc etiam in hypothesi referri possunt, *surdi atque muti a natiuitate tales*, *g*) nisi, vt hodie felici ausu tentatum est, non solum mentis compotes fiant, sed etiam scribendi, aut quoque noncupandi facultatem aliqua ratione accipiant *h*).

a) A. G. PETERMANN Diss. *de testam. impuberum.* Lips. 1753.

b) L. 19. D. *qui test. fac. poss. Si filiusfamilias, aut pupillus, aut seruus tabulas testamenti fecerit et signauerit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui iuris, aut pupillus pubes, aut seruus, liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas ille fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuit.* add. §. 2. *I. quibus non est permiss. fac.*

c) S. I. KAPF Comm. *de curatorum consensu ad voluntates vltimas subinde necessario*, Tub 1766.

d) *a* LEYSER Sp. 307 de CANNGIESSER T. I. dec. 102. n. 8.

e) *L.*

e) *L.* 4. *C. qui testam. fac. poss.*

f) C. THOMASIVS Diss. *de praesumtione furoris atque dementiae.* Hal. 1719. 1751.

g) §. 4. *I. quibus non est permiss. fac. test.* C. W. STRECKER Diss. *de testamentis mente captorum inualidis,* Erf. 1725. C. G. STAVDNER Diss. *de testamentis dementium infirmis.* Alt. 1758.

h) Quamuis enim Iustin. in *L.* 10. *C. qui testam. fac. poss.* mutos et surdos simul a natura tales ab omni vlt. voluntate remouendos putet, tamen eius ratio *vnica atque determinans* nobis videtur, quod eos mente captos putauerit, qua vero ratione cessante, etiam cessare tunc debet leges dispositio. I. F. RIVINVS Diss. *de testamento surdi et muti natura talis valido,* Lips. 1740.

§. DXIII.

De prohibitis testari ob secundam rationem.

Ad testamentifactionem porro requirebatur iure romano, vt testator non solum ciuis romanus, sed etiam vt paterfamilias esset. Sic enim lege decemuirali constitutum fuit: *paterfamilias vti legassit — ita ius esto.* Quare 1) nec *serui,* 2) nec *captiui* neque *obsides a),* 3) nec *peregrini b),* 4) nec *filiifamilias,* testamenta condere possunt. Seruos non habemus, et nostri *homines proprii vtique testantur* de bonis, quoad proprietatem adquisitis. *Captiuitas* etiam in *Germania* testamentifactioni non obstat, et sic etiam *obsides apud nos* omnino testantur. Qui *statum ciuitatis germanicae generalem habent, testari possunt in tota Germania,* intuitu autem peregrinorum, tam quoad totam Germaniam, quam quoad singulas prouincias, res, tum ex iure retorsionis, tum ex singularum prouinciarum statutis, diiudicanda est. *Filiifamilias c),* adeoque

adeoque etiam *filiaefamilias apud nos* etiam *valide teſtari non poſſunt de peculio aduentitio* tam regulari, quam irregulari, nec etiam de peculio profectitio, licet pater illud permittat *d*). Vnde etiam teſtamentum non valere putamus, etiamſi pater filium ad hunc actum ſpecialiter emancipauerit, ſed totalis requiritur emancipatio. Filiifamilias iure Canonico legata ad pias cauſas relinquere poſſunt *e*).

a) *L.* 11. *D. qui teſtam. fac. poſſ. Obſides teſtari non poſſunt, niſi eis permittatur* I G. Flügel Diſſ. *de teſtamento Turcae in Chriſtiana captiuitate condito*, Gieſſ. 1688.

b) *Auth. Omnes peregrini C. comm. de ſucceſſion.*

c) D. Nicolti Diſſ. *de filiofamilias teſtatore*, Regiom. 1709. I. Heumann Diſſ. *de teſtam. filiifamilias ad illuſtrat. Ref. Noric. tit.* 19. *leg.* 5. (Ei. Exerc. Vol. 2. n. 6.).

d) *L.* 6. *eod. Qui in poteſtate parentis eſt, teſtamenti faciendi ius non habet: adeo vt quamuis pater ei permittat, nihilo magis tamen iure teſtari poſſit.*

e) *c.* 4. *de ſepult. in 6to.*

§. DXIV.

Praeterea quoque eandem ob rationem a teſtamentifactione remoti erant 5) ad *mortem* vere *damnati*. Hi iure anteriori *ſerui poenae* fiebant, eorumque *bona publicabantur a*). Vtrumque quidem iure nouiori ceſſat *b*), ſed inde diſpoſitio legis ſublata cenſeri non poteſt, quoniam confiſcatio tam ab ipſo Iuſtiniano quam Carolo V. *art.* 218. C.C.C. ſolum in gratiam cognatorum non in fauorem damnati ſublata eſt, atque adeo diſpoſitio vetus in odium et poenam damnatorum retentum eſt *c*). 6) *Illi, quibus aqua et igne interdictum, deportati, ad ferrum aut ad beſtias, aut in metallum*

lum damnati. Quod neque ad *relegatos ex prouincia*, neque si dicendum quod res est, ad *bannitos*, seu banno imperiali adfectos adplicari potest, quamuis plerique aliter sentiant, 7) *mulieres* quoque ab initio testari non poterant, sed deinde testamentifactionem acceperunt *d*). Et ita patet, *testamentifactionem fuisse iuris publici e*), quod ex testamento in calatis comitiis conficiendo, deriuandum est.

a) *L.* 8. *D. qui testam. fac. poss. Hi vero, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur, vnde apparet, amittere eos testamentifactionem.* add. *L.* 6. §. 6. *D. de iniust. rupt. irrit.* N. Kloeckhof *Hist. I. R. de bonis damnatorum*, LugdB. 1749.

b) Seruitutem poenae Iustinianus demum sustulit *Nou.* 22. *cap.* 8. et publicationem bonorum. *Nou.* 134. *c.* 10.

c) L. Mencken Diss. *de testamentif. damnatis ad mortem iure ciuili denegata, et moribus plerisque asserta*, Lips. 1694. (Ei. *Diss. select. n.* 12.). Cf. Walch Diss. (§. 256. not. c).

d) *L.* 5. *D. eod.* I. H. Boehmer Diss. *de testamentis mulierum*, Hal. 1741. (Ei. *Exercitt. ad Pand. T. IV. p.* 843.) C. H. Breuning Diss. *de testamentifactione feminarum*, Lips. 1755. C. W. Küstner Pr. *de testamento feminae, capite non diminutae, ad Cic. Top. c.* 4. Lips. 1768.

e) *L.* 3. *D. qui test. fac. poss. L.* 1. *D. ad L. Falc.*

§. DXV.

Ob tertiam rationem.

Ex ea ratione, quod quidam testamentum per aes et libram facere non poterant, a testamentifactione arcebantur, 1) *muti a*), atque 2) *surdi.* Hi

Hi enim et postea a Principe singulare priuilegium impetrare debebant *b*), a Iustiniano *c*) autem ordinario iure etiam testamentifactionem accepe-runt. De surdis et mutis natura talibus iam diximus (§. 512.) 3) *prodigi d*), quia hi iam ex legibus decemuiralibus tutorem acceperunt, indeque imaginariam emtionem venditionem, in testamento per aes et libram necessariam, celebrare non poterant. Hac igitur ratione perspicimus falso eam ob rationem communiter prodigis testamentifactio-nem denegari, quod furiosis aequiparati fuissent prodigi, simulque ratio reddi potest, quare minores a testamento conficiendo non impediantur, licet hi quoque curatorem habeant, quia nempe *tunc temporis, quo testamentum per aes et libram ortum est, prodigi quidem, sed nondum minores curatorem habuerunt*. Et quamuis testamentum per aes et libram deinde in desuetudinem abierit (§. 479), principiatum tamen propter alias rationes mansit *e*), quo etiam iure hodie vtimur *f*). Licet enim Imperator Leo *g*), deinceps testamentum prodigi certa ratione admiserit, id tamen rem mutare nequit.

a) VLP. *Fragm. Tit.* XX. §. 13. *Mutus, surdus, furiosus, itemque prodigus, cui bonis interdictum est, testamentum facere non possunt; mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest, surdus, quoniam verba familiae emtoris exaudire non potest, prodigus, quoniam commercium illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest.*

b) L. 7. D. *qui test. fac. poss.*

c) L. 10. C. *eod.*

d) C. HANACCIVS Diss. *ius testandi prodigo contra communem sententiam assertum*, Vit. 1724. I. F. EISENHARDT Diss. *de iure testandi prodigo non competente*, Helmst. 1749. C. F. WALCH Diss. *de testamente prodigi iure germ. inualido*, Ien. 1754. Meum Pr. *de iure testandi prodigis frustra vindicato*, Hal. 1771.

e) §.

e) §. 2. *I. quibus non est permiss. fac. test.*

f) Sin in plerisque *ordinationibus prouincialibus* dispositio iuris romani repetitur, v. c. *Ordin. Polit. Magdeb. cap.* 54. §. „Welcher nun also für einen Verschwender öffentlich erkannt, der soll keine Gewalt noch Macht haben — zu testiren" Preuß. Landr. *Part.* 1. *Lib. VII. Tit.* 2. §. 10.

g) *Nou.* 39. *Leon.* Hanc. *Nouellam Leonis* receptam esse plerique defendunt. Quod tamen falsum est, quum partim Ius Iustinianeum solum receptum sit, partim tunc temporis, quo Nouellae Leonis in Germania inualuerunt, (addidit autem eas primus Ant. Contius editioni suae secundae d. a. 1571, quas antea graece 1558 ediderat Scrimgervs) tam receptio iuris romani tacita, quam expressa, iam plene consummata erat. Et quoad receptionem particularem, ea omnino ideo neganda est, quoniam tam multae et omnes fere leges prouinciales obstant.

§. DXVI.

Ob quartam rationem.

Priuilegium odiosum, quo testamentifactionis inhabiles sunt facti, varii acceperunt, et quidem tam absolutum, quam respectiuum. *Absolutum* habent 1) ob *carmen famosum damnati a*). Restringendum autem hoc priuilegium odiosum ad libellum famosum ex mente iuris romani. 2) *Heretici*, quos larga manu recenset Iustinianus *b*). Praeponendum autem est, aliquem a Consistorio pro heretico esse declaratum. 3) *Apostatae c*), qui nempe vnam ex tribus in Germania publice confirmatis religionibus derelinquunt, et aliam amplectuntur, 4) *omnesque qui capite damnati sunt* (§. 514.); 5) *Vsurarii manifesti d*), quod tamen in Germania non adplicari solet. Quibus etiam, sed immerito, adduntur *venefici*. 6) Etiam *monachi e*) in ecclesia pontificia, postquam votum monasticum

monasticum praestiterunt, testari nequeunt, quum propria bona non habeant, nisi permissu superiorum. *Clerici* autem et de adquaestu ecclesiastico recte testantur. Quid in ecclesia Protestantium obtineat, ex singulis constitutionibus diiudicandum est. *Iudaei* apud nos testantur secundum proprios mores *f*). *Respectiuum* priuilegium odiosum acceperunt, *qui incestas nuptias contraxerunt*, qui nec liberis ex incestu procreatis, nec denique sibi inuicem aliquid testamento relinquere possunt *g*).

a) *L.* 18. §. 1. *D. qui testam. fac. poss. Si quis ob carmen famosum damnetur, SCto expressum est, vt intestabilis sit, ergo nec testamentum facere poterit: nec ad testamentum adhiberi.*

b) *L.* 4. *et* 5. *C. de heret. et manich. Ariani et Macedoniani, Pneumathomachi, Apollinariani, Nouatiani seu Sabatiani, et qui ad imam vsque scelerum nequitiam peruenerunt, Manichaei.*

c) *L.* 3. *C. de Apost. Hi qui sanctam fidem prodiderunt, et sanctum baptisma heretica superstitione profanorum segregati sunt a testimoniis alieni, testamenti non habeant factionem, nulli in hereditate succedant, a nemine scribantur heredes.*

d) *c.* 2. *in fin de vsur. in 6to.* THVRING epist. *de testamento manifesti vsurarii qui post mortem saltim pro tali per sententiam declaratus est omnino valido,* Langens. 1743.

e) *Nov.* 5. *c.* 5. *Illud quoque decernimus: qui in monasterium introire voluerit, antiquam monasterium ingrediatur, licentiam habere, suis vti quo voluerit, modo. Ingredientem namque simul sequuntur omnino res, licet non expressim, qui introduxerit, eas dixerit, et non erit dominus earum vlterius vllo modo.*

f) Ritualgesetze der Juden rc. (Berlin 1778. 3. Hptst.).

g) *L.* 6. *C. de incest. nupt.*

DISTIN-

DISTINCTIO III.

Quis here institui possit, seu de heredis institutione.

§. DXVII.

De diuisionibus heredis institutionis.

Materiale testamentorum quod adtinet, illud *heredis institutione* absoluitur. Heredis institutio a) est designatio eius, qui post mortem defuncti, eius bona, tanquam hereditatem seu tanquam vniuersitatem iuris, habere debet (§. 419.). Eaque vel in genere consideratur, vel speciatim, seu in suis speciebus. Hoc in casu, vel est directa, vel fideicommissaria. De *posteriori* infra demum in doctrina de oneribus hereditariis commodior dicendi locus erit. Prior vero vel iterum in genere spectatur, vel in suis speciebus. Hoc in casu, vel est *prima a*), vel *secunda* seu *substitutio.* Heredis institutio directa prima, vel est *voluntaria*, vel *necessaria.* Substitutio autem directa aut est *vulgaris*, aut *pupillaris*, aut *quasi pupillaris.*

a) C. P. Richter Diss. *de heredum prima et secunda institutione*, Ien. 1643.

α) *De heredis institutione in genere.*

§. DXVIII.

Heredis institutio est sufficiens designatio eius, qui heres fieri debet (§. praec.). Sufficiens tunc est haec designatio, *si persona tamquam heres instituta, addito eo charactere declarata est, quo ab aliis omnibus distingui potest.* Non igitur necesse

est,

est, vt eius nomen declaretur, sed sufficit characteristica eius descriptio, quae tamen *a conuicio* reperi nequit *a*). Quare etiamsi nomen adiectum pluribus commune sit, id tamen tunc solum nocet, si dubium manet, quem heredem testator intellexerit *b*), nec *solus error in nomine*, nec *error in patria*, aut *alia falsa demonstratio c*), vitiat heredis institutionem, nisi testator exinde rationem vnicam heredis institutionis desumserit. Illud tamen iure ciuili receptum est, *heredis institutionem ad voluntatem alius nec referri nec ex eadem determinationem suam accipere d*) *posse*, quod iure Canonico non sublatum est *e*). Vnde nec heredis institutio fieri potest per generalem et dubiam *responsionem ad interrogationem f*) *alterius*, sed ipse testator nomina heredum nuncupare debet *g*).

a) *L.* 9. §. 8. *D. de hered. inst. Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstrauerit, quod pene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio.* Namque conuicium, quippe turpe quid continens, pro non scripto habetur (§. 652. not. 9.). Quare si alio signo heres aut exheredatus descriptus est, licet conuicium adiectum sit, valet institutio et exheredatio, *L.* 48. §. 1. *D. eod. Illa institutio valet, Filius meus impiissimus male de me meritus heres esto. Pure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt.* add. *L.* 54. *D. de leg.* 1. *L.* 3. *C. quemadm. testam. aper.* E. M. Chladenius Diss. *de institutione heredis cum maledicto*, Vit. 1759. A. F. Rivinus Pr. *de heredis institutione cum elogio*, ib. eod.

b) *L.* 62. §. 1. *D. de hered. instit. Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, quippe euenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine vtatur, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit reuelatum, pro qua persona testator senserit*, *L.* 14. *D. de reb. dub.*

c) *L.* 48. §. 3. *D. eod. Si in patre vel patria vel alia simili ad-*

adsumtione falsum scriptum est, dum de eo, qui demonstratus sit, constet, institutio valet. F. C. Conradi Diss. *de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis aut legatarii commissum,* Helmst. 1736.

d) *L. 32. pr. D. eod. Illa institutio, quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est. Nam satis constanter veteres decreuerunt, testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere: non ex alieno arbitrio pendere.*

e) *c. 13 X. de testam. In secunda quaestione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committet, non videtur decedere intestatus.* C. F. Harpprecht Diss. *de eo qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit: siue ad Innocentii III. Pontif. Rom. c. 13. X. de testam. obseruatio,* Tüb. 1749. C. F. Glück Pr. *Innocentius III. P. R. in c 13. X. de test. iuri ciuili haud derogans siue de effectu singulari extremae voluntatis in alterius dispositionem commissae,* Erl. 1784. (Ei. opusc. .)

f) G. C. Schreiber *de* Cronstern Diss. *de testamento ad interrogationem alterius condito,* Goett. 1761.

g) *L. 29. C. de testam. Si enim talis est testator, qui neque scribere neque articulare loqui potest, mortuo similis est, et falsitas in elogiis committitur. Oportet enim omnimodo vel ex litteris testatoris, vel ex voce quidem testatoris — nomina manifestari heredum.*

§. DXIX.

Heredes inhabiles.

Heres institutus in omne ius ciuis romani succedebat (§. 428.), adeoque *nemo ex testamento ciuis romani aliquid capere poterat, nisi ipse erat ciuis romanus a*). Quapropter 1) *serui* ita institui nequeunt, vt tamquam serui heredes fierent, deinceps autem serui institui poterant eo cum effectu, vt dominus hereditatem, seruo suo delatam, adquireret, seruus autem testatoris institutus, heres necessarius fieret (§. 429.), 2) *peregrini*, 3) *capitis deminutionem maximam vel mediam perpessi.* Quae omnia

omnia hodie cessant, nisi quod intuitu peregrinorum particulariter quandoque simile quid obtineat. *Filii* autem *familias* semper per totam Iurisprudentiam romanam heredes habiles fuerunt, quum iure antiquo pater hereditatem, filiis delatam, adquireret, iure nouiori autem emolumentum hereditarium ad eorum peculium aduentitium pertineat.

a) T. ALEWYN Diss. *de heredibus instituendis*, LugdB. 1707. I. V. C. TRESENREVTER Comment. Iur. Germ. *de his qui heredes institui prohibentur*, Goett. 1760.

§. DXX.

Praeterea propter priuilegium odiosum absolutum heredes institui nequeunt, 1) *heretici a)* 2) *apostatae b)* (§. 516.), 3) *filii perduellium*, seu eorum, qui crimen perduellionis commiserunt, *filiae* autem ab extraneis recte ex asse instituuntur, ex hereditate vero *matris* legitimam solum accipere possunt *c)*, 4) *mulier in quam suspicio turpitudinis cadit* (§. 590. *not. e.*) 5) *collegia nullo speciali priuilegio munita d)*, quamuis toleratae sint, nec finem illicitum habeant. Iure Pandectarum vniuersitas quoque institui non poterat, quoniam aditio hereditatis per cretionem, tamquam actus legitimus, non nisi ab indiuidua persona expediri poterat, quod iure Codicis vero mutatum est *e)*.

a) *L. 4. §. 2. L. 5. C. de heret.*

b) *L. 3. C. de apostat.*

c) *L. 5. §. 1. C. ad L. Iul. maiest. Filii vero eius, quibus vitam imperatoria specialiter leuitate concedimus — a materna, vel auita, omnium etiam proximiorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant. §. 3. Ad filias sane eorum, quotlibet numero fuerint, Falcidiam tantum ex bonis matris, siue testata siue intestata decesserit, volumus peruenire, vt habeant mediocrem potius filiae alimoniam, quam integrum emolumentum, ac nomen heredis.*

d) I.

d) *L. 8. C. de hered. inſt. Collegium ſi nullo ſpeciali priuilegio ſubnixum ſit hereditatem capere non poſſe, dubium non eſt.*

e) *L. 1. C. de S. S. Eccleſ. L. 46. 49. C de epiſcop. et cleric.*

§. DXXI.

Quumque igitur hodie perſonae morales recte inſtituantur, etiam inſtitui poſſunt 1) *pauperes a*), vbi collegium ſeu directorium, cui cura pauperum demandata eſt, emolumentum hereditarium percipit, et in vtilitatem pauperum impendit, quo deficiente ad officium Epiſcopi aut clericorum executio vltimae voluntatis pertinet, 2) *eccleſiae b*). Inſtituuntur autem eccleſiae aut expreſſe, aut tacite ſubintelliguntur. Priori in caſu eccleſia denominata heres fit, et ad eius patrimonium refertur hereditas defuncti, ſin autem nulla eccleſia denominata eſt, ea heres cenſetur, quae in loco domicilii deprehenditur, et ſi plures ibi ſunt, ea, in qua teſtator ſacris vſus eſt. Poſteriori in caſu eccleſia inſtituta cenſetur, ſi Chriſtus aut vnus ex archangelis, aut ſanctis, aut martyribus inſtitutus eſt, 3) *ciuitas*, vbi hereditas ad aerarium ciuitatis pertinet *c*), 4) *cetera collegia et corpora* (§. *praeced.*), 5) *familia*, quo in caſu omnia familiae membra hereditatem aequaliter diuidunt *d*).

a) *L. 46. C. de epiſcop. et cleric. L. 49. §. 1. eod. Sed et ſi pauperes quidem ſcripſerit heredes, et non inueniatur certum ptochotrophium vel certae eccleſiae pauperes, de quibus teſtator cogitauerit, ſed ſub incerto vocabulo pauperes fuerint heredes inſtituti: ſimili modo et huiusmodi inſtitutionem valere decernimus. §. 3 Vbi autem indiſtincte pauperes ſcripti ſunt heredes: ibi Xenonem eius ciuitatem omnimodo hereditatem nanciſci, et per Xenodochum in aegrotantes fieri patrimonii diſtributionem. —*

b) *L. 26. C. de S. S. Eccleſ. Sancimus, ſi quidem Dominum Ieſum Chriſtum ſcripſit quis heredem vel ex aſſe, vel pro par-*

parte, manifeste videri ipsius ciuitatis vel castelli vel agri, in quo constitutus erat defunctus, ecclesiam sanctissimam institutam esse heredem, et hereditatem peti debere per Deo amantissimos eius oeconomos ex asse, vel pro parte, ex qua heres institutus est, — vt ad pauperum alimoniam conferant. —

c) *L.* 12. *C. de hered. instit. L.* 1. §. 15. *D. ad SCt. Trebell.*

d) C. L. Crell Diss. *de his quae familiae relicta sunt*, Vit. 1740. (Ei. opusc. fasc. V.).

§. DXXII.

De his, qui priuilegium odiosum respectiuum acceperunt.

Ex speciali ratione, et in speciali relatione heredes institui nequeunt, 1) *princeps litis caussa a)* cum nec calumnia facultatem ex principali maiestate capi oportet, 2) *parentes et liberi incestuosi* neque se inuicem heredes *b*), neque etiam extraneos instituere possunt, exceptis tantum liberis legitimis, vsque ad tertium gradum, et adscendentibus, vsque ad secundum, exceptoque fratre et sorore, patruo et amita, 3) *liberi illegitimi c) tum demum a patre in solidum institui possunt, si neque liberos legitimos nec adscendentes relinquit.* Ab extraneis autem sicut a matre recte instituuntur. 4) *Coniux posterior secundo coniugi, plus relinquere nequit, quam vni ex liberis prioris matrimonii d*), quod quidem multi hodie propterea cessare putant, quoniam odium secundarum nuptiarum apud nos deficeret, sed non sola ratio huius constitutionis in eiusmodi odio, potius simul in fauore liberorum prioris thori ponenda videtur. 5) *Iudaeorum vniuersitas* a Christiano institui nequit *e*).

a) *L.* 91. *D. de hered instit.* §. *vlt. I. quib. mod. test. infirm.* L. Mencken Diss *de principe litis causa herede instituto*, Lips. 1703. (Vol. Diss. p. 757.). N. H. Gvndling

LING Diss. *de principe herede ex testamento ciuium*, Hal. 1721.

b) *L. 6. C. de incest. nupt. Nihil prorsus praedictis,* (liberis) *neque per interpositam quidem personam, vel donec superstes, vel moriturus derelinquat: dos si quâ forte solemniter aut data aut promissa fuerit, inxta ius antiquum fisci nostri commodis cedat. Testamento suo extraneis nihil derelinquat, sed siue testato siue intestato legibus ei et iure succedant, si qui forte ex iusto et legitimo matrimonio editi fuerint. — Testandi sane ita demum habeat facultatem, vt his tantummodo personis — quod voluerit arbitrio relinquat — Memoratis vero personis non exstantibus, nostro fisco locus pateat.*

c) *L.* 1. 2. *C. de nat. lib. Nou.* 89. *c.* 12. — *sancimus, vt si quidem quispiam habuerit filios legitimos, non possit filiis* (naturalibus) *eorumque matri vltra vnam relinquere vnciam, aut donare naturalibus aut concubinae, sed et si quid amplius dare tentauerit quolibet modo, hoc fieri filiorum legitimorum: vel si filii non sint, concubina vero solummodo, huic mediam vnciam relinqui aut donari concedimus — si vero habuerint hi, quos praediximus, aliquos adscendentium, legitimam eis relinquant partem, quam lex et nos constituimus.* Struben 1. Th. Bed. 48. 130.

d) *L. 6. C. de secund. nupt.* G. L. BOEHMER Diss. *de restricta de bonis suis in fauorem secundi coniugis disponendi facultate,* Goett. 1768. P. DAMEN Diss. *de emolumento querelae inoff. test. condictionem ex L. 6. de sec. nupt. non excludente,* LugdB. 1775. C. G. KNORRE Diss. *de iure coniug. — ad L. 6. C. cit.* Hal. 1726.

e) *L.* 1. *C. de iudaeis.*

§. DXXIII.

De tempore, quo habilis heres esse debet.

Habilitas heredis ex tribus temporibus diiudicatur. Habilis enim esse debet 1) *tempore conditi testamenti*, quia, si ab initio inhabili heredi hereditas delata est, tota heredis institutio vitiosa est, neque ex postfacto reconualescere potest. 2) *Tempore mortis testatoris*, quoniam, si heres tempore mor-

mortis testatoris inhabilis fuisset, neque perfecte delata erat hereditas, neque perfecte deferri potuit. 3) *Tempore adquirendae hereditatis*, quoniam, si hoc tempore inhabilis esset heres, adquirere sane non posset hereditatem delatam *a*).

a) *L.* 49. §. 1. *D. de hered. instit. In extraneis heredibus illa obseruantur, vt sit cum eis testamentifactio: siue ipsi heredes instituantur, siue hi, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti, vt constiterit institutio; et mortis testatoris, vt effectum habeat. Hoc amplius et cum adibit hereditatem, esse debet cum eo testamentifactio, siue pure siue sub conditione heres institutus sit.* add. §. 4. *l. eod.*

B. *De directa heredis institutione.*

Tit. I.

De *directa heredis institutione in genere.*

§. DXXIV.

De forma heredis institutionis directae.

Heredis institutio quibuscunque verbis fieri potest. Nam licet iure anteriori *a*) id quodammodo aliter sese habuerit, iure nouiori tamen nihil refert, quibus verbis vsus sit testator *b*). Neque etiam opus est, vt heredis institutio legata praecedat *c*), quamuis id etiam iure antiquiori necessarium videretur, si legata in testamento simul relinquebantur (§. 504. *not. d.*). *Captatoria d*) autem non debent esse *heredis institutio*, quae *ea* est *institutio, qua hereditatem alienam per repraesentationem nostrae institutionis adipisci tentamus.* Dolosa et

fraudulenta haec machinatio ad hereditatem alterius captandam *e*), bene distinguenda est ab heredis *institutione remuneratoria* et *reciproca f*).

a) VLP. *fragm* tit XXI. *Heres institui recte potest his verbis: Titius heres esto! Titius heres sit! Titium heredem esse iubeo: illa autem institutio: heredem instituo, heredem facio plerisque improbata est.*

b) L. 15. C. *de testam. Nec enim interest, si dicatur, heredem facio vel instituo, vel volo. vel mando, vel cupio, vel esto, vel erit; sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio.*

c) L. 29. C. *de testam. — Nomen heredis — — in sua subscriptione vel in quacunque parte testamenti ponere.* — I. WIEGER Diss. *de heredum scribendorum ratione*, Arg. 1746.

d) C. THOMASIVS Diss. *de captatoriis institutionibus*, Hal. 1696 a LEYSER Spec. 375. C *van* BYNCKERSHOECK Tr. *de captatoria institutione* (vid. Eiusd. opusc.). G. MAIANSII Diss. *de SCto prohibente dispositiones captatorias.* (Ei. Diss. I. C. Diss. XXV.).

e) L. 70. D. *de hered. instit. Captatorias institutiones non eas Senatus improbauit, quae mutuis affectionibus iudicia prouocauerunt: sed quarum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis.* L. 71. *eod. Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti, si ita heredem quis instituat: qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Meuius heres esto: quia in praeteritum, non in futurum institutio collata est. Sed illud quaeri potest, an idem seruandum sit, quod Senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit: veluti, si ita scripserit: Titius, si Meuium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit, probaueritque, heres esto; quod in sententiam Scti incidere, non est dubium.*

f) I. S. STRYCK Diss *de testam. coniugum reciprocis*, Hal. 1702. C. F HOMMEL Pr. *mortuo vno coniuge reciprocum ex parte superstitis fit ilico destitutum.* Lips. 1764.

§. DXXV.

§. DXXV.

Testator non solum vnum heredem, sed et plures instituere potest heredes (§. 436.). Ita autem de hereditate sua debet disponere testator paganus, *vt non pro parte testatus et pro parte intestatus decedat a*). Quod quidem non tam ex hereditatis tanquam vniuersitatis iuris indole, quam ex testamento per aes. et libram deriuandum est. Quare 1) in hereditae pagani *non simul succedere possunt heredes ab intestato qua tales, et heredes testamentarii*. 2) *Heredes nec ad certum tempus*, nec ex certo tempore, seu quemadmodum dici solet, *nec in diem nec ex die b*) *institui possunt*, adeo vt heredem temporarium nemo habere possit, sed potius benigna ICtorum interpretatione inductum est: 3) *diem adiectum habendum esse pro non scripto*, hoc est, detracto tempore heredis institutionem valere. *Dies* in materia iuris hereditarii est determinatum temporis spatium, emolumentum ex hereditate percipiendum, respiciens illeque vel refertur ad euentum in persona alicuius contingentem, adeoque vel non necessarium, vel necessarium. Priori in casu *dies conditionem comprehendit*, et doctrinae gratia *impurus*, seu *mixtus* dicitur, idemque operatur, ac conditio (§. 97.). Posteriori autem in casu *conditionem non inuoluit*, indeque *purus* dici solet, qui vel ita est comparatus, vt non solum quaestio an, sed etiam quando, ratione eius existentiae certa sit, vel non. Illo in casu est *dies certus, qui in heredis institutione pro non adiecto habetur*. Hoc autem, vel mortem ipsius heredis respicit, vel non. Si prius *etiam pro non adiecto habetur c*), sin posterius, *diei existentia exspectari debet*, indeque, si viuente herede venit, hereditas heredi instituto delata est, si

autem post mortem demum heredis existit, heredis institutio, ratione huius heredis, effectu suo destituitur *d*).

a) *L.* 7. *D. de R. I. Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus.* §. *I. de her. inst neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles.* H. G. *van* WESSEM Diss. *de vsu L.* 7. *D. de R. I.* Duisb. 1765. C. G. HAVBOLD Diss. *de caussis cur idem et testato et intestato decedere non possit*, Lips. 1788.

b) *L.* 34 *D. de her. inst. Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio.* §. 9. *I. eod.*

c) *arg. L.* 4. *D. Quando dies legat. ced. Si cum heres morietur, legetur: conditionale legatum est. Denique, viuo herede defunctus legatarius, ad heredem non transfert. Si vero, cum ipse legatarius morietur, legetur ei, certum est legatum ad heredem transmitti.*

d) *arg. L.* 1. §. 2. *D. de cond. et demonstrat. Dies autem incertus est, cum ita scribitur: heres meus cum morietur, decem dato. Nam diem incertum mors habet eius, et ideo, si legatarius ante decesserit, ad heredem eius legatum non transit: quia non cessit dies viuo eo, quamuis certum fuerit, moriturum heredem.*

§. DXXVI.

De diuidenda hereditate inter plures heredes institutos.

Testator vel vnum heredem instituit, vel plures. Priori in casu, hic vnus heres totam capit hereditatem siue ex asse, siue in parte quota, siue in re certa *a*) institutus sit, quoniam alias pro parte testatus et pro parte intestatus decederet, quod vero prohibitum est (§. praeced.). Posteriori vero in casu, vel testator partes adiecit, vel absque

abſque partibus adiectis heredes nominauit. Hoc in caſu, ſi omnes heredes in vna propoſitione, aut omnes in diuerſis propoſitionibus vocauit, *hereditas diuiditur ſecundum numerum perſonarum b*), ſi vero quosdam heredes in vna propoſitione coniunxit, dum alios in diuerſis propoſitionibus vocauit, diuiſio hereditatis fit ſecundum propoſitiones, atque adeo plures in vna propoſitione coniuncti, collectiue ſumuntur et pro vna habentur perſona *c*). Illo autem in caſu, vel omnibus partes adſcripſit, vel tantum quibusdam. Si prius, vel partes quotas, vel partes quantas, ſeu res certas. Poſteriori in ſpecie, *heredes partes quantas tanquam praelegata praecipiunt d*), reliqua autem hereditas ſecundum priora principia diuiditur. Priori in ſpecie ſinguli heredes partem adſcriptam capiunt, et quidem *ſi plures partes fecit, quam hereditas continet, ſingulis pro rata decreſcit, ſin autem pauciores, fecit, quae aſſem hereditarium non exhauriunt, ſingulis pro rata adcreſcit e*). Sin vero poſterius, vel quidam inter plures partes quantas, vel quotas acceperunt. Illa in ſpecie *partem quantam legatum accipiunt f*), non autem iure hereditatis. Hac in ſpecie, vel partes adſcriptae exhauriunt aſſem hereditatis, vel non. Pone poſterius, tunc *ſine parte ſcriptus ſcriptiue capiunt quod reliquum eſt g*). Pone prius, vel teſtator expreſſe conſtituit, vt in reliqua parte heres ſit, vel non. Priori in caſu nihil capit ſine parte vocatus, ſed ludibrii tantum cauſa inſtitutus cenſetur *h*). Poſteriori vero in caſu *ex aſſe fit dupondium atque adeo ſine parte ſcriptus dimidiam totius hereditatis accipit i*).

a) *a* LEYSER Spec. 361. I. *a* RAVENSTEIN Diſſ. *de herede in re certa inſtituto.* Trai. ad Rhen. 1739. I. H. BEYER

BEYER Diss. *de herede in re certa instituto ad L.* 13. *C. de hered. instit.* Vit. 1709.

b) §. 6 *I. de hered. inst. Si plures instituantur heredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis ex aequis partibus eos heredes esse.*

c) *L.* 59. § 2. *D. eod. Titius heres esto: Seius et Meuius heredes sunto: verum est — duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur.* add. *L.* 11. 13. *D. eod.* Diss. HOEPFNER Comm. p. 456.

d) *L.* 35. *pr. D de hered. inst. Pone duos esse heredes institutos; vnum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem. Erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti Verumtamen officio iudicis tenebuntur vt vnicuique eorum fundus, qui relictus est, adiudicetur, vel attribuatur.* §. 1. *Vnde scio quaesitum, aeris alieni onus pro qua parte agnosci debeat? Et refert Papinianus cuius sententiam ipse quoque probaui, pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere; hoc est pro semisse. Fundos etenim vice praeceptionis accipiendos Quare si forte tantum sit aes alienum, vt nihil detracto eo superesse possit, consequenter dicemus, institutiones istas ex re factas nullius esse momenti. Et si forte Falcidia interueniens recisionem esset legatorum factura, hic officio iudicis recidit praeceptiones istas, vt non plus quisque eorum habeat, quam esset habiturus, si legatum accepisset, vel aliud, vel etiam praeceptiones. —*

e) §. 7. *I. eod. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid iuris sit; veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, et perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent Et ex diuerso, si plures heredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere. —*

f) *L.* 13. *C. eod. Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est: alii vero ex certa parte vel sine parte qui pro veterum legum tenore ad certam vnciarum institutionem referuntur,* eos

eos tantum modo omnibus hereditariis actionibus vti vel conueniri decernimus, qui ex certa parte, vel ſine parte ſcripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occaſione heredum ex certa re ſcriptorum fieri.

g) §. 6. I. eod. *Partibus autem in quorundam perſonis expreſſis, ſi quis alius ſine parte nominatus erit, ſi quidem aliqua pars aſſi dederit, ex ea parte heres fit.* §. 8. *Et ſi plures vnciae quam duodecim diſtributae ſint is, qui ſine parte inſtitutus eſt, quod dupendio deeſt, habebit.*

h) L. 17. §. 3. eod. *Sed ſi aſſe expleto, alium ſine parte heredem ſcripſerit, in alium aſſem veniet. Aliter atque ſi ita ſcripſiſſet, expleto aſſe, ex reliqua parte heres eſto; quoniam, cum nihil reliquum eſt, ex nulla parte heres inſtitutus eſt.*

i) §. 6. I. eod. *Si vero totus as completus ſit, ii, qui nominatim expreſſas partes habent, in dimidiam partem vocantur: et ille vel illi omnes in alteram dimidiam* — §. 8. *Idemque erit, ſi dupondius expletus ſit: quae omnes partes ad aſſem poſtea reuocantur, quamuis ſint plurium vnciarum.*

§. DXXVII.

De iure adcreſcendi inter plures heredes directe inſtitutos.

Ius adcreſcendi (§. 436.) inter plures coheredes directe inſtitutos non niſi *vniuerſale* et *neceſſarium* eſſe poteſt. Quod poſterius ita intelligendum eſt, vt etiam teſtator paganus adcretionem portionis vacantis interdicere non poſſit, quotiescunque ad heredes ab inteſtato portio vacans hereditatis teſtatae peruenire deberet, quamuis a voluntate teſtatoris dependeat, vtrum portionem vacantem vni alteriue tantum heredum ſcriptorum, aut etiam aliis per modum ſubſtitutionis adſignare velit. Ab initio autem Reipublicae romanae vsque ad Legem *Iuliam et Papiam Poppaeam* A. V. C. DCCLXII.

DCCLXII. *de maritandis ordinibus*, vt et *de caducis, vacantibus* et *erepticiis* latam, ius adcrescendi totum pertinebat, absque vlla restrictione, ad heredes institutos. *Lex* autem *Iulia caducaria a*), vt ea pars Legis Iuliae et Poppaeae nominatur, arctissimis ius adcrescendi circumscripsit limitibus, adeo vt ius antiquum solum seruatum fuerit in iis casibus, *vbi quis liberos suos parentesue vsque ad tertium gradum, vel alios quoscunque iure liberorum subnixos heredes instituisset*, atque *si vnus alterue ex heredibus scriptis fortassis iam tempore testamenti conditi defecisset.* Namque heres institutus vel iam tempore testamenti conditi deficiebat, vel non. Priori in casu *pro non scripto habebatur*, et *in hoc casu ius accrescendi saluum seruauit* Lex Iulia. Posteriori vero in casu, *caducum in genere* nominabatur, et tunc, vel heres institutus intra tempus conditi testamenti et mortis testatoris deficiebat, vel minus. Illa in specie *caducum in casu caduci* erat, hac vero in specie, vel ante apertas tabulas, sed tamen post mortem testatoris, vel post apertas tabulas, ante aditam tamen hereditamen deficiebat. Si prius *caducum proprie tale*, et si posterius, *vacans in specie* dicebatur. Et in his omnibus tribus speciebus Lex Iulia ius adcrescendi sustulit, aerarioque populi, velut parentis omnium inferi iussit. Sed Iustinianus Legem Iuliam prorsus sustulit *b*), iusque adcrescendi ad pristinum, quem libera republica habuit, vigorem reduxit.

a) I. P. *de* LVDEWIG Diss. *de lege caducaria seu iure desherentiae iusto remotioribus agnatis, ad §. vlt. I. de success. cognat. et ad Stat. Eslingens. tit.* 13. Hal. 1733. (Ei. *Collect. Disput. p.* 2. *n.* 14.). I. G. HEINECCIVS Comm. *ad Legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, Amst. 1726. 1731.

b) *L. vn. pr. C. de cad. toll.* — *Et quemadmodum in multis capitulis*

capitulis lex Papia ab anterioribus Principibus emendata fuit et per desuetudinem abolita: ita et a nobis circa caducorum obseruationem inuidiosum suum amittat vigorem.

§. DXXVIII.

Coniuncti coheredes illi *in genere* sunt, qui ad totam hereditatem simul capessendam vocati sunt, et *coniuncti in specie tales* sunt, qui in vna propositione seu vno commate a testatore coniuncti sunt, dum alii in diuersis propositionibus scripti inueniuntur, *disiuncti* vero, qui in diuersis propositionibus, dum alii plures in vna propositione vocati sunt. Quare 1) si solum coniuncti in genere adsunt, seu omnes heredes vniformi ratione instituti sunt, *ius adcrescendi a*) *in specie tale obtinet*, et *portio deficiens spectat ad omnes pro ea rata, pro qua instituti sunt b*). Si vero 2) difformi ratione et tunc portio proximi coniuncti deficiens, *iure non decrescendi adcrescit solis proxime coniunctis*, portio autem disiuncti deficientis *vi iuris adcrescendi in specie talis pertinet ad omnes disiunctos, pro ea parte, pro qua vocati sunt* (§. 526.). Et hoc ius adcrescendi in specie tale et ius non decrescendi ita locum habet, vt non solum 1) *etiam inuitis coheredibus adcrescat portio deficiens*, quoniam alias portio vacans ad heredes ab intestato qua tales deuolueretur (§. 525.) sed etiam 2) *portio vacans cum onere semper in coniunctum coniunctosue transeat c*).

a) I. VOELSCOWII Diss. *de iure accretorio pro faciliori intellectu L. vn.* §. 10 *et* 11. *C. de cad. toll.* Gryph. 1652.

b) *L. vn.* §. 10. *C. de cad. toll.* (§. 436. *not. b.*).

c) *L. cit. In his itaque, si quidem coheredes sunt omnes coniunctim, vel omnes disiunctim vel instituti vel substituti: hoc quod fuerit quoquo modo euacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo grauamine*

pro

pro hereditaria parte, etiamsi iam defuncti sunt, acquiratur, et hoc nolentibus ipso iure accrescat, si suas portiones iam agnouerint; cum sit absurdum, eiusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere. —

Tit. II.

De *heredis institutione directa prima.*

§. DXXIX.

Heredis institutio, si plures heredes comprehendat, vel ita est comparata, vt vnius heredis institutio dependeat ab alterius heredis institutione, seu vt vnius heredis institutio subordinate determinet alterius heredis instituti hereditatis adquisitionem, vel non. Priori in casu ea heredis institutio, a qua altera dependet, seu quae alteram determinat, dicitur *heredis institutio prima*, ea vero, quae ab altera dependet nominatur *substitutio* seu *secunda heredis institutio*. Saepe autem heredis institutio prima ea omnis vocatur, quae non est substitutio, adeo vt et in posteriori casu prima poni debeat. Heredis institutio porro, vel eius est indolis, vt a libero plane arbitrio testatoris tota dependeat, vel non, seu ea intuitu illius heredis spectatur, qui praeteriri nequit, quique licet praeteritus sit, tamen non obstante praeteritione heres fit, atque adeo, cui certa ratione testator suam hereditatem deferre debet (§. 429.). Prior vocatur *heredis institutio voluntaria*, posterior vero dicitur *necessaria*. Si plures heredes ita instituti sunt, vt omnes simul ad hereditatem vocati sint, *coheredes* nominantur.

α) De

α) *De heredis institutione directa prima voluntaria et conditionata.*

§. DXXX.

Heredis institutio voluntaria ea est, quae dependet a libero plane arbitrio testatoris, et circa eos heredes versatur, quos secundum leges cum pleno exclusionis effectu praeterire potest (§. praec.) Vnde statim apparet, *in testatoris quoque arbitrio positum esse, quemnam modum sui beneficii esse velit*, et qua ratione, vtrum *cum onere*, *cum conditione*, an *pura* hereditatem deferre velit. Vnde etiam *heres voluntarius omnes conditiones physice* et *moraliter possibiles adimplere debet*, et in genere, ante existentiam conditionis heredis delata non est.

§. DXXXI.

De effectibus heredis institutionis conditionatae, α) ratione conditionis impossibilis.

Heredis instituio etiam sub *conditione* (§. 97.) fieri potest. Si sub conditione impossibili facta est heredis institutio, vel conditio est *difficilis* (§. seq.), vel quaecunque *alia conditio impossibilis*. Posteriori in casu *conditio impossibilis pro non adiecta habetur a*), adeoque heres sub conditione impossibili institutus pure institutus censetur, idque valet tam de conditionibus physice impossibilibus, quam de turpibus *b*), et derisoriis *c*) atque perplexis *d*). Ad conditionem turpem etiam refertur: 1) conditio *virgini* adiecta *si non nupserit e*). Sed ad rationem et res circumstantes respiciendum est, adeo vt ea virgini debili et vitio corporis laboranti,

boranti, bona mente impoſita, valere poſſit, ſicuti etiam *matrimonium virgini cum certa perſona*, et *matrimonium viduae f*) valide interdici poteſt. 2) Conditio *mutandae* aut *non mutandae religionis*. Quod quidem intuitu Iudaicae aliusue religionis non adprobatae, extra dubium poſitum eſt, ſed etiam nobis turpis viditur conditio, ſi quis tranſitum ad vnam alteramue adprobatum religionem promouere aut impedire velit, quoniam liberum cuique eſſe debet, cui ſeſe addicere velit religioni, non vero corruptus quaſi tranſire ad vnam alteramue debet *g*). 3) Conditio *iurisiurandi h*), ſi ſcilicet teſtator alicui emolumentum relinquit, ſub conditione, vt iureiurando aliquid confirmet.

a) *L.* 3. *D. condit. et dem. Obtinuit, impoſſibiles conditiones adſcriptas pro nullis habendas*, add. *L.* 6. 8. 9. 15. *de condit. inſt. L.* 7. *D. de V. O.* I. T. RICHTER Diſſ. *de conditione impoſſibili vltimae voluntati adiecta indiſtincte pro non ſcripta habenda*. Lipſ. 1756. I. C. ESCHENBACH (Praeſ. H. BECKER) Diſſ. *conditio impoſſibilis non indiſtinctim pro non ſcripta habenda*, Roſt. 1754. Ei. Comm. *de conditione impoſſibili vltimis voluntatibus adiecta non indiſtincte pro non ſcripta ſeu adimpleta habenda*, *ad.* §. 10. *I. de hered. inſtit. qua Diſſ. ſuam inaug. contra obiectiones* RICHTERI *ICti Lipſ. defendit*. Roſt. 1756.

b) *L.* 14. *D. de condit. inſt. Conditiones contra edicta Imperatorum aut contra leges — ſcriptae, vel quae contra bonos mores, vel deriſoriae ſunt — pro non ſcriptis habentur, et perinde, ac ſi conditio hereditati ſiue legato adiecta non eſſet, capitur hereditas legatumue*. P. MÜLLER Diſſ. *de conditionibus deriſoriis vltimis voluntatibus adiectis*, Ien. 1759.

c) *L.* 27. *eod. Quidam in ſuo teſtamento heredem ſcripſit ſub tali conditione, ſi reliquias eius in mare abiiciat. Quaerebatur, cum heres inſtitutus conditioni non paruiſſet, an expellendus eſt ab hereditati? Modeſtinus reſpondit: laudandus eſt magis quam accuſandus heres, qui reliquias teſtatoris non in mare ſecundum ipſius voluntatem abiecit.*

d) *L.*

d) *L.* 16. *D. eod. Si Titius heres erit, Seius heres esto: Si Seius heres erit, Titius heres esto: Iulianus inutilem esse institutionem scribit, cum conditio existere non possit.* L. 188. *de R I.* Perplexa igitur conditio non obstat validitati heredis institutionis, modo ipsa oratio non sit perplexa et inextricabilis.

e) *L.* 22. *D. de condit. et demonstr. Quoties sub conditione mulieri legatur, si non nupserit, et eiusdem fideicommissum sit, vt Titio restituat, si nubat; commode statuitur, et si nupserit, legatum eam petere posse, et non esse cogendam fideicommissum praestare.* add. L. 72. 100. *eod.* T. PAVLI Diss. *de conditione si non nupserit vel vxorem duxerit,* Regiom. 1673. I. S. BRVNQVELL Diss. *de conditione si non nupserit vltimis voluntatibus adiecta,* Ien 1722. (Ei. *opusc* T. *II. n.* 3.). Knorre ob eine Jungfrau welche sich verheyrathet die Erbschaft oder das Vermächtniß verliehrt ꝛc. (Ei. rechtl Anmerk. p. 237.).

f) *L* 2. *C. de indict. viduit.* etiam indictam a testatore viduitatem prohibuit, quam vero postea Iustin. *Nou.* 22. *c.* 44. permisit. E. *de* COSTA Tract. *de conditione indictae viduitatis tollenda,* Conimbr. 1548.

g) C. A. KNOPF Diss. *de nullitate conditionis de assumenda religione pontificia heredi vel legatario adscriptae foro romano,* Ien. 1687. C. F. GEVSSENHAINER Diss. *de conditione retinendae religionis vltimis voluntatibus adiecta,* Ien. 1766. C H BREVNING Diss. *an heres institui possit cum conditione si religionem mutauerit,* Lips. 1773. H. F. Diez Kann die von einem jüdischen Vater verbothene Glaubensveränderung seiner Kinder den angedroheten Verlust der Erbschaft nach sich ziehen, Dessau, 1783. 1787. C. A. Günther über die Testaments Klauseln, welche die Religionsveränderung der Erben, Legatarien oder Fideicommissarien betreffen, (Arch. für th. u. pr. RG. 3. Th. n. 8.). Verordn. v. 4. Nov. 1786. „daß von nun an die Bedingung — wenn der Erbe oder legatarius bey der jüdischen Religion beharren oder wenn er zur christl. Religion nicht übergehen würde — für nicht geschrieben und unverbindlich geachtet." —

h) L. 20. *D. de condit. et demonstr. Non dubitamus quin turpes conditiones remittendae sunt: quo in numero plerumque sunt etiam iurisiurandi.* L. 8. D. *de cond. instit.*
Cum

Cum enim faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemtu religionis, alii perquam timidi metu diuini nominis vsque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent, quod relictum est praeter consultissime interuenit. add. L. 112. §. 4. D. *de legat.* 1. C F. WALCH libell. *de conditione iurisiurandi vltimis voluntatibus adiecta*, Ien. 1759.

§. DXXXII.

Si vero conditio est difficilis, vel testator sciuit tempore conditi testamenti eam conditionem ratione eius, cui illam adscripsit, esse impossibilem, vel non. Si prius, *conditio adiecta eundem habet effectum ac conditio absolute impossibilis*, adeoque pure relicta censetur, sin posterius *conditio difficilis pro casuali reputatur a*). *Praepostera b*) autem *conditio*, seu quae euentum inuersa ratione continet, non est conditio impossibilis sed *existere debet.*

a) L. 4. §. 1. D. *de stat. lib. Non est statu liber, cui libertas in tam longum tempus collata est, vt eo tempore is, qui manumissus est, viuere non possit; aut si tam difficilem immo pene impossibilem conditionem adiecerit, vt aliunde ea libertas obtingere non possit, veluti si heredi millies dedisset, aut cum moreretur, liberum esse iussisset, sic enim libertas, inutiliter datur, et ita Iulianus scribit, quia nec animus dandae libertatis est.*

b) L. 25. C. *de testam. Praeposteri reprehensionem, quam nouella constitutio D. Leonis in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur, in aliis quoque omnibus tam contractibus quam testamentis tollimus: vt tali exceptione cessante — et alii contractus et testatoris voluntas indubitate valeant.* § 14. I. *de inutil. stipul. Item si quis ita stipulatus erat, si nauis ex Asia venerit, hodie dare spondes? inutilis erat stipulatio, quia praepostare concepta est, sed quum Leo in dotibus eandem stipulationem, quae praepostera nuncupatur non esse reiiciendam existimauerit. — —*

§. DXXXIII.

β) *ratione conditionum possibilium.*

Conditio possibilis vel est necessaria, vel possibilis in specie talis. Priori in casu *conditio quoque pro non adiecta habetur a*). Posteriori vero vel est conditio casualis, vel non. Si prius *heredi scripto non prius hereditas defertur, quam si ad existentiam peruenit conditio casualis*, indeque ea deficiente, euanescit quoque heredis institutio *b*). Sin posterius, vel est conditio mere potestatiua vel mixta. *Vtraque cum habet communem effectum, vt, si ad existentiam peruenerunt, hereditatis delatio nunc facta sit*, quod *si autem ad existentiam non peruenerunt, mixtae conditioni officit*, si *casu fortuito* impeditur *c*), si autem *facto tertii* impeditur *perinde est ac si adimpleta sit d*), *mere potestatiua* vero etiamsi aut *per casum e*) aut *per factum tertii f*) impediatur, *pro adimpleta habetur* et nihilominus hereditas heredi delata est.

a) *L.* 50. *§.* 1. *D. de hered. inst.*

b) *§.* 2. *I. quib. mod test. inf. Si conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit: — paterfamilias intestatus moritur.*

c) *L.* 31. *D. de condit. et demonstr. — Nam cum vni ita legatum sit: Titio si Seiam vxorem duxerit, heres meus centum dato; si quidem Seia moriatur, defectus conditione intelligitur.*

d) *L. cit. Si ipse decedat, nihil ad heredem suum eum transmittere, quia morte eius eondítio defecisse intelligitur. Vtroque autem viuente, si quidem ipse nolit vxorem ducere, quia ipsius facto conditio defecit, nihil ex legato consequitur. Muliere autem nolente nubere, cum ipse paratus esset, legatum ei debetur. L.* 23. *D de condit. instit. — plerumque enim haec conditio: si vxorem duxerit, si dederit, si fecerit, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat. —*

e) *L.*

e) *L.* 54. *D. de legat.* 1. *Si Titiae legatum relictum est, si arbitratu Seii nupsisset, et viuo testatore Seius decessisset, et ea nupsisset, legatum ei deberi. Sed et si mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset; si cum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum: quia per te non stetit, quo minus perueniat ad libertatem* add. *L.* 4. *C. de instit. et substit.* C. L. Crell Diss. *an conditio quae per casum impleri nequit, pro impleta habeatur, ad concil ll.* 31. *D. de cond. et dem et* 54. §. 1. *D. de leg* 1 Vit. 1735. I. T. Richter Diss. *de conditione potestatiua et mixta casu deficiente pro adimpleta habenda*, Lips. 1750. A. F. Schott Progr. *de conditionis potestatiuae figmento*, Lips. 1768. (Ei. *opusc. n.* 9.).

f) *L.* 11. *D. de condit. instit. Si quis testamento hoc modo scripserit; filius meus si Titium adoptauerit, heres esto, si non adoptauerit exheres esto, et filio parato adoptare, Titius nolit se adrogandum dare: erit filius heres, quasi expleta conditione.* Et ita antinomiam adparentem inter leges citatas per distinctionem inter conditionem mixtam et mere potestatiuam tollere licet.

§. DXXXIV.

γ) *ratione plurium conditionum et* δ) *ratione temporis quo existere debent conditiones.*

Testator vel plures conditiones copulatiue expressit, vel disiunctiue. Priori in casu *existentia omnium conditionum desideratur a*) secundum distinctionem (§. *praec.*) traditam. Posteriori vero *vnam alteramue exstitisse sufficit*, atque *ab arbitrio heredis pendet, quamnam adimplere velit a*). Ratione *temporis* quo existentia conditionis desideratur, vel ita est comparata conditio, vt demum post mortem heredis existere potest. Priori in casu *hereditas quidem eiusque administratio heredi instituto conceditur*, *sed tamen sub onere praestandae cautionis*, se nempe hereditatem vna cum fructibus

eſſe reſtiturum, ſimulac conditioni cuicunque, ſ. negatiuae ſ. adfirmatiuae contrauenerit, eaque cautio ab inuentore ſuo *Quinto Mucio Scaeuola*, *cautio Muciana b*) dicitur. Si vero certum iam eſt, *heredem conditioni contrauenire non poſſe*, *etiam absque cautione hereditatem ſtatim adquirere poteſt*, ſicuti etiam eadem non opus eſt, *ſi neminis intereſt*, *vt adimpleatur*. Poſteriori vero, vel conditio eſt caſualis, vel non ſeu poteſtiua in genere. Si prius *quandocunque conditio exſtiterit c*) ſiue ante, ſiue poſt mortem teſtatoris, *ſufficit ad deferendam hereditatem*. Sin poſterius, vel conditio reiterari poteſt poſt mortem teſtatoris, vel non. Illo in caſu *conditio ab herede adimplenda eſt poſt mortem teſtatoris et poſtquam ſciuerit ſibi talem eſſe adſcriptam conditionem d*). Hoc autem in caſu, *ad hereditatis dilationem ſufficit*, *quandocunque conditio ad exiſtentiam peruenerit.*

a) §. 11. *I. de hered. inſtit. Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptae ſunt : ſi quidem coniunctim, vtputa ſi illud et illud factum fuerit : omnibus parendum eſt, ſi ſeparatim, veluti ſi illud aut illud factum erit, cuilibet conditioni obtemperari ſatis eſt* L. 5. D. *de cond. et demonſtr.*

b) L. 7. D. *de condit. et demonſtr. Mucianae cautionis vtilitas conſiſtit in conditionibus, quae in non faciendo ſunt conceptae, vtputa : ſi in Capitolium non aſcenderit, ſi Stichum non manumiſerit et in ſimilibus. Nec ſolum in legatis placuit ; verum in hereditatibus quoque idem remedium admiſſum eſt. Vnde ſi vxor maritum ſuum, cui dotem promiſerat, ita heredem ſcripſerit ex parte, ſi dotem, quam ei promiſi, neque petierit neque exegerit, denuntiare eum poſſe coheredi, paratum ſe accepto facere dotem, vel cauere : et ita adire poſſe hereditatem. Sed ſi ex aſſe ſit inſtitutus maritus ſub ea conditione, quoniam non eſt, cui caueat, non impediri eum, quo minus adeat hereditatem. Nam iure ipſo videtur impleta conditio, eo, quod non eſt, quem poſſit de dote conuenire ipſe adeundo hereditatem* add. L. 72. §. 2.

§. 2. *L.* 10. §. 3. *eod.* I. L. Conradi Diss. *de cautione Muciana.* Lips. 1761. G. Maiansivs Disp. 40. *de cautione Muciana* F. Baldvinvs Tr. *Scaeuola seu commentarius de Iurisprud. Muciana.* Basil 1558. *et cum praefat.* Gvndlingii, Hal. 1719. Reuvens Diss. *de cautione Mutiana*, LugdB. 1784. G. S. A. Büchner Pr. *de vsu caut. Muc. ad solas liberalitates, quas testator sub conditione negatiua in heredem vel legatarium contulit, non restringendo*, Giess. 1789.

c) *L.* 10. *D. eod. Haec conditio, filiae meae, cum nupserit, talis est, vt qui testatus est, impleri solummodo conditonem voluerit: non satis egerit quando. Et ideo, etsi viuo testatore nupserit, post testamentum factum, impleta conditio videtur: praesertim cum conditio haec talis est, vt semel impleri debeat. — Si sic legatum sit: si nauis ex Asia venerit, et ignorante testatore nauis venerit testamenti facti tempore; dicendum, pro impleta haberi. Et si cui sic legatum est, cum pubus erit, simili modo hoc erit dicendum.*

d) *L.* 2. *eod. Conditionum quaedam sunt — quae non nisi post mortem testatoris* (adimpleri possunt) *si decem dederit si capitolium ascenderit. Nam vt paruisse quis conditione videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam. Nam, si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati.*

§. DXXXV.

ε) *Ratione pendentis conditionis.*

Conditio *deficere* dicitur, *si contrarium euentus expressi iam existit, pendere* autem dicitur, *si nec conditionis euentus nec eius contrarium ad existentiam peruenit.* Si conditio deficit, *euanescit etiam heredis institutio*, et hereditas defertur heredibus ab intestato, nisi in quibusdam casibus, secundum praecedentem distinctionem, etiam deficiens conditio pro adimpleta haberi debeat. Si autem conditio pendet, *curator hereditatis iacentis constituitur*, qui

qui pendente conditione hereditatem ordinaria diligentia administrare debet, et ipse quoque heres, praestita cautione, eiusmodi curatelam hereditatis iacentis exigere et suscipere potest, et deinde conditione existente *hereditas restituenda est heredi scripto*, sin conditio deficit, heredibus ab intestato.

§. DXXXVI.

De heredis institutione sub modo.

Modus a) inuoluit *praestationem ab alio suscipiendam*, *quam vt finem praestationis nostrae intendimus*, eaque praestatio vel in committenda, vel in omittenda actione consistere potest. Priori in casu *modus affirmatiuus*, posteriori *negatiuus* dici potest. *Heres sub modo institutus statim hereditatem adire potest*, *neque adeo modus suspendit hereditatem*, cautionem tamen praestare debet de modo adimplendo *b*), nisi modus simul conditionem inuoluat, adeo vt heres non prius hereditatem consequi possit, quam si modum iam praescriptum adimpleuerit, quod tamen in dubio non praesumitur, potius modus simpliciter adiectus puram continet delationem hereditatis. Modus igitur adimpleri et cautio praestari debet, si alicuius interest; secus, si nemo inde praeiudicium sentiat *c*). *Modus* etiam *impossibilis pro non adiecto habetur d*).

a) I. F. *de* HACKEMANN Diss. *de vsu distinctionis conditionem inter et modum*, Frf. 1751. C. F. MEISTER Diss. *de eo quod inter conditionem resolutiuam et modum interest*, Goett. 1768.

b) *arg*. L. 80. D. *de condit. et demonstr. Eas causas, quae protinus agentem repellunt, in fideicommissis non pro conditionalibus obseruari oportet. Eas vero, quae habent moram cum sumtu, admittemus cautione oblata. Nec enim parem dice-*

mus eum, cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum, cui datum est, vt monumentum faciat add. *L.* 17. §. *vlt. L.* 40. §. *vlt. eod.*

c) *L.* 71. *pr. eod. Titio centum, ita vt fundum emat, legata sunt. Non esse cogendum Titium cauere Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratri alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis, credendum est, atque ideo cautionem interponendam, vt et fundus comparetur, ac postea non alienaretur.*

d) *L.* 71. §. 2. *eod.*

b) *De heredis institutione necessaria, querela inofficiosi testamenti, causis exheredationum, et legitima portione.*

§. DXXXVII.

Vicissitudines heredis institutionis necessariae ante Iustinianum. — §. 547.

Ab initio reipublicae romanae liberum plane et ab omnibus limitibus remotum testandi arbitrium ciuibus romanis relictum fuisse, ex lege decemuirali adparet: *Pater familias vti legassit super familia pecuniaue eius, ita ius esto*, indeque factum est, vt non solum sanguinis vinculo proxime iunctos, sed etiam inter illos, heredes suos testamento suo praeterirent testatores. Hoc quum visum fuerit contra dulce pietatis officium impingere, ipsique naturae quasi refragari, profusa illa et illimitata testandi libertas quodammodo restringi coepit tum per iudicata iudicii centumuiralis, tum postea per ipsas Prudentum interpretationes, SCta et Principum constitutiones.

§. DXXXVIII.

§. DXXXVIII.

Duo principia iudicii centumuiralis.

Et primum quidem ex iudicatis iudicii centumuiralis et ICtorum reſponſis duo principia inualuerunt atque pro iure conſtiterunt, *alterum* nempe *vt paterno teſtamento non eſſet exheres filius quem pater nec heredem nec exheredem ſcripſiſſet nominatim*, *alterum* vero, *quo ſuprema morientium iudicia reſcinderentur, ſi ſanguinis vinculo ac naturali neceſſitudine iunctos contra pietatis officia, vel exheredes ſcripſiſſent, vel praeteriſſent teſtatores a*). Ponamus *excluſionem alicuius a tota hereditate cuiusdam defuncti teſtatoris*, vel ea ſit per declarationem voluntatis eius expreſſam in ipſo teſtamento, vel non ſeu voluntas teſtatoris inde colligitur, quod teſtator in eodem illius mentionem non fecerit. Priori in caſu eſt *exheredatio*, poſteriori vero *praeteritio*. Illa vel ita eſt comparata, vt addito charactere, quo quilibet exheredatus ſufficienter et ſigillatim ab aliis diſtingui poteſt, facta ſit, vel non ſeu plures vna eaque generali et communi teſtatoris expreſſione excluduntur. Si prius eſt *exheredatio nominatim facta*, ſin poſterius *exheredatio inter ceteros b*).

a) Cic. *de orat. Lib.* I. *C.* 38. 39. Val. Max. *Lib. VII. cap.* 171. A. Schvlting Diſſ. *de teſtamentis reſciſſis ad cit. loc. Val. Max.* (Ei. *Comment. acad. Diſſ.* 17.)

b) Veluti: *filii mei Titius et Seius, ceterique omnes liberi heredes ſunto.* Vlp. *frag tit.* 22. §. 17. add. §. 2. *I. de exhered. liber. Nominatim autem quis exheredari videtur, ſiue ita exheredatur: Titius filius meus exheres eſto: ſiue ita: filius meus exheres eſto non adiecto proprio nomine, ſcilicet ſi alius filius non exſtet.*

§. DXXXIX.

§. DXXXIX.

Necessitas patris ratione liberorum naturaliter procreatorum et iam natorum.

Quod ad *primum* principium adtinet 1) *filius primi gradus* in potestate morientis patrisfamilias constitutus aut *heres institui* aut *nominatim exheredari* debet *a*). Praeterea non solum filius primi gradus nominatim, sed etiam deinceps *pure*, (nisi sub contrario conditionis euentu instituereretur, quoniam si in defectum conditionis nec institutus nec exheredatus esset, deficiente conditione pro praeterito habebatur *b*), atque *ab omni herede* et *ab omni gradu c*) nec non *a tota hereditate* excludi debebat *d*). 2) *Filiae suae primi gradus* atque *nepotes* et *neptes* per filios suos a testatore descendentes, qui tempore testamenti conditi ius sui heredis habebant *etiam praeteriri poterant*, adeo vt saluo testamento *heredibus institutis adcrescerent*, et quidem *extraneis* ad *dimidiam*, *suis* autem heredibus institutis *ad virilem portionem*. Postea autem et ad minimum inter ceteros exheredari debebant *e*). Quapropter quum tunc temporis heredes necessarii neque exheredandi neque instituendi essent, etiam alia ratione heredes necessarii definiri non possunt, quam *qui licet praeteriti sint, nihilominus heredes fiunt.*

a) L. 30. D. de lib. et posth. pr. I. de exhered. lib. *Sed qui filium in potestate habet, curare debet, vt eum heredem instituat, vel eum exheredem nominatim faciat. Alioquin si eum silentio praeterieris; inutiliter testabitur adeo quidem, vt si viuo patre filius mortuus sit, nemo heres ex eo testamento existere possit, quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus vel aliis per virilem sexum descendentibus liberis vtriusque sexus antiquitate fuerat obseruatum: sed si non fuerant scripti heredes, scriptaeue*

scriptaeue vel exheredati exheredataeue, testamentum quidem non infirmabatur: ius adcrescendi eis ad certam portionem praestabatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros hoc facere.

b) *L. 4. C. de instit. et subst.* (Imp. Alexander) *Si pater filium quem in potestate habebat, sub conditione, quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit nec in defectum eius exheredauit, iure testatus non videtur.*

c) *L. 8. 3. §. 2. D. de liber post. L. 8. §. 3. D. de b. p. contra tabb.* Sic exheredatio: *Titius, Caio filio excluso, heres esto. Meuius heres esto,* inutilis erat, ea autem valida: *vxor heres esto: Caius filius exheres esto: si Ofidius heres non sit, Titius heres esto, Caius filius exheres esto.*

d) *L. 19. de lib. et posth.*

e) *Cit. pr. I. de exheredat. lib.* (*not. a*)

§. DXL.

Ratione posthumorum.

Ea autem necessitas, aut exheredandi aut instituendi, atque adeo non praetereundi, producta deinde etiam est ad *posthumos.* Sunt autem *posthumi in generaliori iuridico* significatu *liberi, qui post conditum testamentum intuitu testatoris ius sui heredis consequuntur,* i. e. qui in potestate testatoris patria sunt, et illi ante omnes succedere possunt. Et hi vel sunt liberi primi gradus, qui post naturalem mortem, patris naturalis testatoris, modo naturali, nascuntur, vel non. Priori in casu *posthumi* sunt *veri* seu in originario significatu, posterio vero *quasi posthumi,* qui *vel* primi gradus *vel* vlteriorum graduum, veluti nepotes et pronepotes esse possunt. *Si prius* quasi posthumi primi gradus fiunt, 1) *liberi, qui viuo* adhuc *patre testatore* post conditum eius testamentum *naturaliter nascuntur,*

naſcuntur, 2) *qui ante captiuitatem patris concepti*, *capto* autem *ab hoſtibus patre in ciuitate nati ſunt*, et hi *Corneliani* dicebantur, 3) *qui iura legitimorum liberorum poſt conditum teſtamentum ciuiliter adquirunt*, ſcilicet aut *per adoptionem* aut *per legitimationem.* Et hi omnes poſthumi vel teſtamento inſtitui vel exheredari debebant, et quidem poſthumi *maſculini ſexus nominatim*, *filiae autem poſthumae* tantum *inter ceteros* exheredari debebant, ſed ſi inter ceteros exheredabantur, aliquid legare illis debebat teſtator *a*). *Sin poſterius*, quaſi poſthumi vlteriorum graduum illi ſunt, *qui poſt conditum teſtamentum in ſui heredis locum ſuccedendo quaſi adgnaſcendo teſtatori auo fiunt ſui heredes.* Et hoc vario modo contingere poteſt; 1) vel enim poſt conditum teſtamentum ius ſui heredis conſequuntur eo, quod poſt mortem aui naſcuntur, quum eo viuente filius tempore conditi teſtamento praemortuus eſſet, quo caſu poſthumi *Aquiliani* vocari ſolent, ex ſententia formulaque *Aquilii Galli* ICti vel *inſtituendi* vel *exheredandi b*), 2) vel eo, quod *poſt teſtamentum aui, viuente adhuc patre naſcuntur*, *ſed mox eo decedente id eius locum ſuccedunt* iusque ſui heredis accipiunt, quo caſu *Iuliani* ſeu *Saluiani* nuncupantur, quia ex ſententia *Saluii Iuliani* ICti vel inſtituendi vel exheredandi erant *c*). Quibus accedunt poſthumi *Velleiani* et quidem 3) *ex primo capite* Legis Iuniae Velleiae *d*) nepotes poſthumi poſt teſtamentum aui, viuente adhuc illo, ſed praemortuo filio, nati, et 4) *ex ſecundo capite* huius Legis, nepotes, qui ante teſtamentum aui, viuente quidem patre ſunt nati, ſed illo mox poſt conditum teſtamentum decedente, teſtatori auo ſui heredes adgnaſcuntur. *Hi poſthumi vlteriorum graduum ab initio teſtamentum*

mentum non rumpebant, *etiamsi praeteriti essent*, potius heredibus institutis tantum adcrescebant, sed deinde etiam inualuit, vt *hi quasi posthumi vlteriorum graduum*, et quidem masculi nominatim, ceteri autem inter ceteros cum adiectione legati *exheredari aut instituti deberent*, atque *vt, si praeteriti essent, testamentum ipsum rumperent.*

a) §. 1. *I. de exher. lib.*, *Posthumi quoque liberi*, *vel heredes institui debent vel exheredari.*

b) *L.* 29. *D. de lib. et posth. Gallus sic posse institui posthumos nepotes induxit, si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto. Quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat: vt eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit.* — — I. L. CONRADI Diss. *sententia Scaeuolae declarata super cautione Aquilii, nepotes posthumos instituendi et Lege Velleia.* Lips. 1756. A. GALVANVS Comm. *Gallus rediuiuus ad L.* 29. *D. cit.* Venet. 1616. G. A. STRVVIVS Diss. *ad L.* 29. *D. cit.* Ien. 1675. C. G. TILLING Diss. *de posthumis heredibus instituendis vel exheredandis ad L.* 28. *et.* 29. *D. de lib. et posth.* Lips. 1794.

c) *L.* 29. §. 15. *cit.*

d) C. G. WINCKLER Diss. *de Lege Iunia Velleia*, Lips. 1745. L. TAVRELLVS Comm. *ad Gallum et Legem Velliam*, Lugd. 1754. (OTTO *Thes. Tom. IV. p.* 1603.).

§. DXLI.

Ratione emancipatorum.

Haec necessitas aut instituendi aut exheredandi restricta erat ad *liberos suos*, sed deinde etiam a Praetoribus extensa est ad *emancipatos*, et quidem eadem ratione, vt iure ciuili de liberis suis constitutum

tutum erat, vt nempe *masculini sexus nominatim, feminini* autem *sexus liberi inter ceteros exheredarentur*, quum alioquin Praetor quasi rescindens eorum capitis deminutionem, *praeteritis his liberis bonorum possessionem contra tabulas daret*, cuius beneficio idem plane ius accipiebant, quod habuissent, si in familia patris mansissent *a*).

a) *L. 6. §. 1. D. de bon. possess. §. 1. I. de exher. liber.*

§. DXLII.

Ratione adoptiuorum.

Adoptiui liberi si I) ratione *patris adoptantis* spectantur vel a patre adoptante iam tempore testamenti conditi emancipati erant, vel non. Priori in casu *nec iure ciuili nec iure praetorio heredes necessarii erant* (§. 42. *not. b.*). Posteriori vero *eadem ratione ac liberi naturales aestimabantur*, adeoque praeteriti ipso iure ciuili heredes erant. Si vero II) ratione *patris naturalis* considerantur, distinguendum est ius anteiustinianeum a iure Iustinianeo. Quod ad *prius*, 1) *liberi tempore mortis patris naturalis in adoptiua familia adhuc existentes, extraneorum numero* habebantur, adeo vt *pater naturalis eos cum pleno exclusionis effectu praeterire posset*, 2) *liberi* vero *a patre adoptante iterum a viuo patre naturali emancipati eodem iure censebantur ac ceteri emancipati*, atque adeo, si praeteriti erant, bonorum possessionem contra tabulas habebant *a*). Quod autem *ad posterius*, vel adoptio est perfecta, seu quae facta est ab adscendente, vel imperfecta, seu quae fit ab extraneo. Illo in casu *adoptiui eodem iure aestimantur quo iure recentiori omnes adoptiui intuitu patris sui naturalis censentur.* Hoc autem in casu, quum in patriam

patriam poteftatem non transeant, fed in familia patris naturalis remaneant, *eodem plane iure aefti-mantur liberi adoptiui, quo ceteri aeftimantur eiusdem patris heredes fui b)*.

a) *L. 6. §. 4. D. de bon. poff. contra tabb.*

b) *L. pen C. de adopt.*

§. DXLIII.

Origo querelae inofficiofi teftamenti.

Vidimus hactenus, teftatorem folum obligatum fuiffe ad liberos aut exheredandos aut inftituendos, adeo, vt fi vnum alterumue fecundum praefcriptam et memoratam formam pater feciffet, teftamentum ipfum validum effet, neque adeo exheredati tefta-mentum impugnare poterant. Sed non multo poft apud ipfos iudices centumuirales exheredati ipfam hanc exclufionem, quamuis iure perfectam, tanquam contra dulce pietatis officium et absque vlla ratio-nabili caufa factam infringere et fic teftamentum euertere ftudebant, fub praetextu et colore infaniae ipfius teftatoris *a*). Originem inde traxit *querela inofficiofi teftamenti b*), tanquam *extraordinarium remedium a rite quidem, fed inique exclufis*, adeo-que tam ab exheredatis quam quandoque rite praeteritis, *in iudicio centumuirali contra teftamen-tum rite quidem, fed inique* i. e. contra dulce pie-tatis officium *factum, eum in finem inftituendum, vt teftamentum ipfum refcinderetur.* Et quamuis ab initio omnis de inofficiofis teftamentis conten-tio in centumuirali iudicio ageretur *c*), deinceps tamen et maxime Imperatorum temporibus ad ma-giftratus ordinarios iuris dicundi prouinciis prae-politos, cognitiones fuper inofficiofi teftamenti que-relis delatae fuerunt *d*).

a)

a) THEOPHIL. *Lib. II. Tit. 18. pr. Querela de inofficioſo teſtamento — hunc praetendentibus colorem, ac ſi furioſus fuiſſet teſtator, quando teſtamentum formabat — non quaſi defunctus vere furioſus fuerit, ſed quia teſtamentum valide quidem factum fuit, non tamen vt pietatis ratio poſtulat. L. 2. 5. in f. D. de inoff. teſt.* RODBERTVS Comm. *de inoff. teſtam. querela vsque ad Conſtant. M.* Goett. 1802.

b) P. S. GASSER Diſſ. *de origine querelae inofficioſi teſtamenti*, Hal. 1721. I. F. *de* RETEZ *ad tit. de inofficioſo teſtamento*, Salamant. 1663. (in MEERM. *Theſ.* T. 17.) I. FINESTRES *de et a* MONSALVO Comment. *ad tit. Pand. de inofficioſo teſtamento et de vulgari et pupillari ſubſtitutione*, Cervar. 1752. I. C. KAEVFLING Diſſ. *errores quidam circa querelam inofficioſi teſtamenti*, Lipſ. 1745.

c) Querelam inofficioſi teſtamenti non ex lege Glicia vt multi ex inſcriptione *L.* 4 *De inoff. teſt.* (*Caius ad Legem Gliciam*), deducere voluerunt, ſed ex ſolis iudicatis centumuiralibus ortam eſſe, hodie extra dubitationis aleam poſitum eſt, vid. ZEPERNICK ad SICCAMA *de iudicio centumuirali*, (Hal. 1776.) *pag.* 149. *not. e*).

d) *L.* 17. *C. de inoff. teſtam.*

§. DXLIV.

A quibus ab initio querela inofficioſi inſtituta ſit.

Quum ii tantum ad querelam inofficioſi teſtamenti admiſſi ſint, quibus extra ordinem ſubueniendum erat, quique rite quidem, ſed inique excluſi erant, in eadem ſolum ſolatium inuenire poterant 1) *filii primi gradus rite exheredati,* 2) *poſthumi euentualiter et rite exheredati,* 3) *filiae tempore teſtamenti conditi iam natae exheredate*, ſi enim praeteritae erant heredibus tantum adcreſcebant (§. 539.) 4) *poſthumae filiae* euentualiter

tualiter exheredatae (§. 540.) 5) *nepotes et neptes* tempore testamenti ius sui heredis habentes *exheredati*, (praeteriti iterum tantum heredibus institutis adcrescebant), 6) *nepotes et neptes* praeteriti nec tempore testamenti conditi ius sui heredis habentes, nec post testamentum conditum per adgnationem posthumi heredes sui facti, 7) *liberi emancipati rite exheredati* (§. 541.); 8) *adoptiui* tam a patre adoptiuo quam a patre naturali rite exheredati, secundum principia superiora (§. 542), 9) *liberi a matre, ceterisque per matrem adscendentibus aut exheredati aut praeteriti*, quum silentium matris adscendentiumque maternorum effectum haberet exheredationis *a*).

a) THEOPHIL *Lib. II Tit.* 13. § 7. *Mater vel auus maternus testamentum condentes non coguntur suos liberos heredes scribere aut exheredare: sed possunt eos silentio praeterire. Nam silentium matris et aui materni tantundem valet, quantum patris exheredatio. — Quare praeteriti neque iure ciuili adiuuantur, neque Praetor bonorum possessionem contra tabulas iis pollicetur; — sed superest iis aliud ad hoc auxilium, quod paulo post dicemus.* (scil. querela inoff.).

§. DXLV.

Non solum autem *liberis*, sed etiam deinceps *parentibus* et postea quoque *fratribus a*) concessum est testamentum tanquam inofficiosum incusare. Immo eousque progressa erat iudicii centumuiralis in admittendis hisce querelis facilitas, vt non solum *ceteri* quoque *cognati*, sed etiam *quicunque extranei b*) modo *de testatore se bene meritos esse probare possent*, saepius admissi sint, ita vt non facile testamentum ciuis romani intactum maneret, sed plerumque scriptis heredibus sine vlla causa hereditates adimerentur.

a)

a) THEOPHIL *Lib.* II. *tit.* 18. §. 1. §. *I. de inoff. test.*

b) Vide plura exempla apud VALER. MAXIM. et SVETON. Vide et *van de* WATER *in obseruat.* I. C. *Lib.* 1. *cap.* 12. SCHVLTING *cit. diss. p. m.* 297.

§. DXLVI.

Restrictio querelae inofficiosi testamenti.

Quum per has innumerabiles querelas facillima occasio data esset, sub fallaci benemeritorum praetextu supremas morientium voluntates pro lubitu quasi et ex imaginariae aequitatis colore impugnandi et rescindendi, non potuit non euenire, vt huic malo obex poneretur. Et ita primum non solum *extranei, sed etiam plerique cognati ab hac querela arcebantur*, ita, vt iam Alexandri Seueri *a*), temporibus *praeter fratres atque sorores nemo ex ceteris cognatis admitteretur*, quodque deinceps ab Impp. Diocletiano et Maximiano *b*), confirmatum et deinde a Constantino M. *c*), ita determinatum est, *vt etiam fratres tunc demum de testamento inofficioso queri possent, si personam detestabili turpitudinis nota laborantem heredem testator scripsisset.*

a) L. 1. D. *de inoff. test. Sciendum est frequentes esse inofficiosi querelas: omnibus enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii qui sunt vltra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.*

b) L. 21. C. *de inoff. testam. Fratris vel sororis filii, patrui vel auunculi, amitae etiam et materterae testamentum inofficiosum frustra dicunt, cum nemo eorum, qui ex transuersa linea veniunt, exceptis fratre et sorore, ad inofficiosi querelam admittatur. De falso sane per accusationem criminis queri non probibentur.*

c) L.

c) *L. 27. C. eod. Fratres vel sorores vterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem mouere possunt, si scripti heredes infamiae, vel turpitudinis, vel leuis notae macula adspergantur: vel liberti qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt; excepto seruo herede necessario instituto.* F. G. van ALTENA Diss. *de fatis exheredationum apud Romanos.* Trai. 1737. P. WASMVTH (Praes. B. H. REINOLD) Diss. *ad L. 27. C. de inoff. test.* Frf. 1716.

§. DXLVII.

Origo legitimae.

Non solum autem ad certas personas restricta erat haec querela, sed etiam tum cessabat, si testator heredibus suis, qui querelam inofficiosi testamenti mouere poterant, eam quartam reliquisset, quam quiuis testator heredibus suis directe institutis ex Legis *Falcidiae* dispositione relinquere debebat, et quae quarta ab initio *Falcidia*, (§. not. *c.*) deinde autem *legitima a)* i. e. ex legibus immediate certis his heredibus debita, nominabatur. Ad excludendam *b)*, igitur inofficiosi querelam quartam Falcidiam Prudentes applicarunt, adeo vt is, qui querelam mouere poterat, si quartam Falcidiam in testamento ipso accepisset, contentus esse et ab omni querelae vsu abstinere deberet. Legitima haec portio illis debita, qui ad querelam inofficiosi admittendi sunt, fuit vsque ad Iustinianum quarta Falcidia, seu quarta pars hereditatis ipsius testatoris, neque pro numero liberorum augebatur, sed siue vnum siue plures eiusmodi heredes reliquisset, semper et in omni casu vna tantum erat quarta *c)*, secundum modum successionis ab intestato inter plures aut in capita aut in stirpes diuidenda.

a)

a) O. WESTENBERG Diss. *de legitima* (in Ei. Operr.) C. CHIFLETIVS Tract. *de portionibus legitimis* — Lugd. 1584. (in OTTON. Thes. Tom. V. p. 873). C. F. ZEPERNICK (Praef. D. NETTELBLADT) Diss. *historia iuris ciuilis de legitima portione parentum*, Hal. 1773. F. G. SCHLEGTENDAHL Diss. *de originibus legitimae de imitationem legis falcidiae interpretatione prudentum introducta*, Duisb. 1752. C. A. BRAVN Diss. *de legitima eiusque origine*, Erlang. 1760. L. C. LILIEN Diss. *de legitima*. Erf. 1792.

b) §. 6. *I. de inoff. test. Igitur quartam quis debet habere, vt de inofficioso agere non possit.* — — THEOPHIL. *Lib. II. Tit.* 18. §. 6. *Excludit autem de inofficioso querelam quadrans heredi ab intestato relictus.* — — —

c) §. *vlt. I. eod. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est: vt siue vnus fuerit, siue plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur; vna quarta eis dari posset: vt ea pro rata eis distribuatur.*

§. DXLVIII.

De heredis institutione necessaria nouiori, principiisque hodie valentibus. Forma exheredationis nouioris. De necessitate instituendi aut exheredandi.

Imperator Iustinianus ratione exheredationis primum illud mutauit, vt differentiam inter *sexum* et *gradum liberorum*, inter *natos* et *posthumos a*) sustulerit, adeo vt a patre omnes liberi siue sui, siue emancipati, siue iam nati, siue posthumi, et quidem tam sexus masculini, quum feminini aut heredes institui, aut nominatim exheredari debeant *b*). Deinde etiam idem Imperator tam differentiam inter *patrem* et *adscendentes paternos* et *matrem* et *adscendentes maternos* sustulit, quam etiam eandem necessitatem *liberis* imposuit, vt nempe *parentes*, et quidem vtriusque *sexus* et *gradus aut exheredare aut instituere debeant*, quo

non

non obseruato, et parentibus a liberis praeteritis, testamentum ipso iure est nullum *c*), simulque quum antea causae exheredationum ab arbitrio iudicum dependerent, causas exheredationum intuitu liberorum et parentum determinauit sequentes.

a) F. L. DOERING Diss. *de iuribus quae nascituris et posthumis intuitu successionis competunt*, Erf. 1769.

b) *L.* 4. *C. de lib. praet.* — *Sancimus itaque quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance et mares et feminae vocantur, ita et in scriptura testamentorum eas honorari, et similibus verbis exheredationes nominatim procedere, et contra tabulas bonorum possessionem talem habere, qualem filius vel suus vel emancipatus haberet, vt et ipsa si fuerit praeterita ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso iure euertat vel per contra tabb. b. p. stare hoc non patiatur. Et haec non solum in filiabus obtinere, sed etiam in nepotibus et neptibus deinceps obseruari censemus.* — *Sancientes eadem iura obtinere, et in posthumis exheredandis siue masculini siue feminini sexus sint, quae in filiis et filiabus iam statuimus: vt etiam ipsi vel ipsae nominatim exheredentur, id est posthumi vel posthumae facta mentione.*

c) *Nou.* 115. *c.* 4. — *Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire, si autem haec omnia non fuerint obseruata, nullam vim eiusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere.*

§. DXLIX.

Causae exheredationum intuitu liberorum.

Nou. 115. *cap.* 3. — *Ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere: vt praeter ipsas nulli liceat ex alia lege, ingratitudinis causas opponere, nisi quae in huius constitutionis serie continentur. Causas a) autem iustas has esse decernimus;* 1) *Si quis pa-*

rentibus suis manus intulerit. 2) *Si grauem et inhonestam iniuriam eis ingesserit.* 3) *Si eos in criminalibus causis accusauerit, quae non sunt aduersus principem seu rempublicam b).* 4) *Si cum maleficis c) hominibus vt maleficus versatur.* 5) *Vel vitae parentum suorum per venenum aut alio modo insidiam tentauerint.* 6) *Si nouercae suae, aut concubinae patris, filius sese immiscuerit.* 7) *Si delator contra parentes filius extiterit et per suam delationem grauia eos dispendia fecerit sustinere.* 8) *Si quemlibet de praedictis parentibus inclusum esse contegerit, et liberi qui possunt ab intestato ad eius successionem venire, petiti ab eo vel vnus ex his in sua eum noluerit fideiussione suscipere vel pro persona vel pro debito, in quantum esse qui petitur, probatur idoneus. Hoc tamen quod de fideiussione censuimus, ad masculos tantummodo liberos volumus pertinere.* 9) *Si conuictus fuerit aliquis liberorum ex eo quia prohibuerit parentes suos condere testamentum, sit eis, pro tali causa filium exheredandi licentia. Si autem in ipsa prohibitione sine testamento aliquis ex parentibus decesserit, et alii siue qui ab intestato ad hereditatem defuncti, aut cum ipso filio, qui testamentum fieri prohibuit, aut post illum vocantur siue illi quos heredes aut legatarios habere volebat, vel qui laesionem aliquam ex prohibitione testamenti sustinuerunt, hoc ipsum approbauerit: secundum alias leges* (L. 1. 2. D. *si quis aliq. test. prohib.* (§. 510. *not. a*) (§. . *not. d*) *super hoc positas talia negotia terminentur.* 10) *Si praeter voluntatem parentum inter arenarios et mimos sese filius sociauerit, et in hac professione permanserit, nisi forsitan etiam parentes eiusdem professionis fuerint.* 11) *Si alicui ex praedictus parentibus volenti suae filiae vel nepti maritum dare d) et*

dotem

dotem secundum vires substantiae suae pro ea praestare, illa non consenserit sed luxuriosam degere vitam elegerit. Si vero vsque ad XXV annorum aetatem peruenerit filia et parentes distulerint eam marito copulare et forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito se, libero tamen, coniungere; hoc ad ingratitudinem filiae nolumus imputari: quia non sua culpa sed parentum id commisisse agnoscitur. 12) *Si quis de praedictis parentibus furiosus fuerit, et eius liberi, vel quidam ex his aut liberis non existentibus alii eius cognati, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur, obsequium ei et curam competentem non praebuerint; si quidem a tali sanatus fuerit infirmitate, erit ei potestas, vtrum velit negligentem filium vel filiam aut cognatos, ingratum vel ingratos in suo scribere testamento, si autem aliquo furoris morbo eum defectum extraneus aliquis viderit a suis neglectum, liberis vel cognatis, aut aliis ab eo scriptis heredibus, et pro misericordia voluerit eum procurare: damus ei licentiam attestationem eis, qui ab intestato vel ex testamento iam facto ad furiosi hereditatem vocantur, scriptis dirigere, vt eum procurare festinent. Si autem post huiusmodi attestationem neglexerint, et extraneus furiosum susceptum sumtibus propriis vsque ad finem vitae ipsius procurasse monstratus fuerit: eum qui obsequium ac diligentiam furioso exhibuit, licet extraneus sit, ad eius successionem peruenire decernimus, euacuata institutione eorum, vtpote indignorum, qui furioso curam praebere neglexerint: ita tamen, vt cetera testamenti capitula in sua maneant firmitate.* 13) *Si vnum de praedictis parentibus in captiuitate detineri contigerit, et eius liberi siue omnes, siue vnus non festinauerint eum redimere: si quidem*

valuerit calamitatem captiuitatis euadere: in eius sit potestate utrum hanc causam ingratitudinis testamento suo velit adscribere. Si autem per liberorum negligentiam vel contemtum non fuerit liberatus, et in captiuitate decesserit, illos ad successionem eius venire non patimur. — Sed omnibus liberis (annum XVIII. egressis e)) in hoc negligentibus res vniuersas ab eodem relictas ecclesiae ciuitatis, ex qua oritur, applicari — — —
14) *Si quis de praedictis parentibus orthodoxus constitutus senserit, suum filium vel liberos non esse catholicae fidei, nec in sacrosancta ecclesia communicare, in qua omnes beatissimi patriarchae vna conspiratione et concordia fidem rectissimam praedicant et sanctas quatuor synodos, Nicaenam, Constantinopolitanam, Ephesinam et Chalcedonensem amplecti seu recitare noscuntur: licentiam habeant pro hac maxime caussa ingratos eos et exheredes in suo scribere testamento. —*

a) I. B. Hoffer Diss. *de quibusdam exheredationis causis,* Alt. 1737. Iac. Rave Diss. *de interpretationi cap.* 3. *Nov.* 115. Lips. 1765. *S. C.* Boock System. Entwickelung der Lehre v. d. Enterb. Schlesw. 1799.

b) §. 3. *I. de publ. iud. Lex Iulia maiestatis, quae in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt.* —

c) Vid. *L.* 1. *pr. si fam. furt.* et praecipue *tit. C. de malef. et mathem.*

d) D. G. Eckart Diss. *de exheredatione filiae turpiter viuentis,* Lips. 1720.

e) G. F. Trautmann Diss. *de exheredatione minorum quod nempe posthumorum et infantum impuberumque ac minorum exheredatio ad XVIII. aetatis annum valeat nulla,* Ien. 1749.

§. DL.

§. DL.

De caussis exheredandi parentes.

Nou. 115. *c.* 4. — *Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam, eos omnino alienare: nisi caussas, quas enumerauimus, in suis testamentis specialiter nominauerint. Has autem esse decernimus* 1) *si parentes ad interitum vitae liberos suos tradiderint: citra caussam tamen, quae ad maiestatem pertinere cognoscitur.* 2) *Si venenis aut maleficiis, aut alio modo parentes filiorum vitae insidiati probabuntur.* 3) *Si pater nurui suae aut concubinae filii sui sese immiscuerit.* 4) *Si parentes filios suos testamentum condere prohibuerint in rebus, in quibus habent testandi licentiam: omnibus videlicet in huiusmodi testamentorum prohibitione seruandis, quae in parentum persona distinximus.* 5) *Si contigerit autem virum vxori suae ad interitum aut alienationem mentis dare venenum, aut vxorem marito, vel alio modo alterum vitae alterius insidiari: — liberis autem esse licentiam, nihil in suis testamentis de facultatibus suis illi personae relinquere, quae tale scelus noscitur commisisse.* 6) *Si liberis vel vno ex his in furore constituto parentes eos curare neglexerint: omnia et hic obseruari praecipimus, quae de parentibus furiosis saepius disposuimus.* 7) *His casibus cladem captiuitatis adiungimus.* — — 8) *Si quis de praedictis liberis orthodoxus constitutus senserit suum parentem vel parentes non esse catholicae fidei.*

§. DLI.

Quibus praepositis manifestum est, 1) *caussas has*

has exheredationum vltra casum determinatum extendi non posse a), neque adeo *numerum* 6. §. 549. *comprehendere filiam cum vitrico concumbentem, neque sub n.* 3. §. 550. *latere matrem cum socero concumbentem*, quoniam aperto apertius patet, metum substitutionis partus alieni rationem caussae exheredationis continere, miramurque, qui fieri potuit, vt omnes fere illud somniauerint, quum tamen Imperator tam determinate locutus sit; attamen 2) *sub filio etiam filia b*), *et vlteriores descendentes intelligi debent*, nisi diuersitatis ratio aliud iubeat v. c. n. 8. §. 549. 3) *plures non admitti debere etiamsi maiores videri possint, multoque minus leuiores*, nisi particulari legum dispositione contineantur *c*). 4) *Eas caussas omnes dolum praeponere, eoque deficiente exheredationem non procedere.* 5) *Parentes easdem remittere posse d*), atque adeo remissa caussa exheredationis parentes amplius vti non posse, nec minus exheredationem per remissionem et reconciliationem subsequentem tacite esse sublatam. 6) *Cuilibet autem parenti* et cuilibet liberorum *tantum exheredationem licere propter caussam* sibi ipsi illatam, non vero propter eam, *quae alium parentem, aut alios fratres attingunt e*), nisi id expresse sit concessum vt in causa 4. §. 550.

a) Meditt. f. Rechtsgel. 1. B. *n.* 54.

b) *L.* 1. *D. de V. S. Verbum hoc: si quis, tam masculos quam feminas complectitur.*

c) *v. c. Constit. d.* 15. *Decbr.* 1494. §. 14. „Wofern nun die Kinder über beschehene Vermahnung und Verwarnung wider ihre Eltern Willen strafs darauf verharren, und unerwartet derselben ersuchten Consens oder des Consistorii Verordnung sich verloben, oder ihr heimliches Verlöbniß zu vollziehn andre Gelegenheit suchen würden, so sollen die Eltern ihnen mit etwas zu der Ausstattung behülflich

hülflich zu seyn, nicht verpflichtet; sondern vielmehr befuget, und ihnen hiermit zugelassen seyn, solche ungehorsame Kinder bis auf den halben Theil ihrer gebührenden Legitimae zu enterben." M H GRIBNER Diss. *de exheredatione liberorum sine consensu parentum sponsalia contrahentium*, Lips 1707. F. A. *de* WINTZENDORF Diss. *de exheredatione liberorum sine consensu parentum nuptias contrahentium*, Goett. 1757. I. E. L. KRIFFT Diss. *exheredatione ob prodigalitatem cum graui contumacia coniunctam*, Giess. 1716. C. WILDVOGEL Diss. *de singulari causa exheredandi liberos in Ducatu Magdeburgico*, Ien. 1711. S. F. WILLENBERG Exerc. *de exheredationis causis supernumerariis*, Gedan. 1720 (*Ei. Exerc. Sabb. S. n.* 13) D. STAVINSKI Diss. *de exheredatione iuris Prutenici*, Regiom. 1714.

d) S. F. WILLENBERG Exerc. *de exheredato exheredanti reconciliato* (*Ei. Exerc. Sabb. Tom. II. n.* 27. Meditt. 2. B. S. 256.

e) Licet sint qui id defendant, tamen nobis contrarium propterea verius videtur, quia secundum regulam nemo iniuriam alii illatam vindicare potest, neque Imperator aliud expresse dixit. Cf. PVFEND. *P. II. n. b. n.* 7.

§. DLII.

De exheredatione fratrum atque sororum.

Fratres atque sorores licite praeteriri, et sub quibuscumque causis exheredari possunt, si illis turpis persona non praefertur. Si autem illis turpis persona praefertur, quaeritur, *an propter causas quasdam exheredari possint fratres?* Et communis quidem est opinio Iustinianum *a*) quoque *tres causas* admisisse, sub quibus fratres in eo casu, quo turpis persona illis praefertur, tantum excludi possent, scilicet, 1) *si mortem procurauerit testatoris fratris*, 2) *si criminalem contra eum induxerit accusationem*, 3) *si substantiae*

tiae bonorum fratris iacturam inferri procurauerit. Sed erroneam hanc esse sententiam, atque plures caussas exheredationis et in hoc casu admittendas esse, rectius putant alii *b*).

a) *Nou.* 22. *Cap.* 47. *Et quoniam scimus multas fratribus ad inuicem factas contentiones: illum solum, tanquam ingratum circa fratrem effectum participari hoc lucrum non concedimus, qui mortem voluit fratri, aut criminalem inducere contra eum inscriptionem, aut substantiae ei properauit inferre iacturam. Eius enim portio tam ad reliquos fratres, quam ad matrem veniat.* —

b) Vid. I. H. Fvchs Diss. *de impugnatione testamenti fraterni per querelam inofficiosi*, Frf. cis Viadr. 1692. Namque 1) credibile haud est, imperatorem, dum in *Nou.* 115. *c.* 3. *et* 4. causas exheredationis intuitu liberorum atque parentum recenset, silentio praeteriisse causas exheredationis intuitu fratrum, si eas iam *Nou.* 22. determinasset: 2) incredibile est, Imperatorem citius causas exheredandi fratres, quam parentes constituisse, quum *Nou.* 22. A. C. 536. *Nou.* autem 115. demum A. C. 541. lata sit. 3) Frater fratrem sub quibuscunque causis exheredare, et pro lubitu praeterire potest, si nullam turpem personam illi praetulerit, et 4) *dict. Nou.* 22. *c.* 47. solum agit de excludendo fratre a successione ab intestato et donatione antenuptiali, quae in fratres superstites vna cum matre deuoluitur, adeo, vt eo casu, quo frater intestatus decessit, non possit aliquis ex superstitibus fratribus hoc lucro priuari, nisi ex memoratis hisce tribus causis, quod vero longe se aliter habet, in casu, vbi defunctus testamentum condidit, in quo semper frater ab hereditate fratris excludi potest, nisi turpis persona sit instituta. Minus igitur recte ab exclusione a parte speciali, ad totam hereditatem, et minus recte 5) deficiente lege fratres ad causas exheredationum adstringuntur. Potius in eo casu si turpis persona fratri praelata est etiam exheredatio fratrum sub aliis et pluribus caussis fieri potest, quoniam Ius antiquum, quod caussas exheredatio-

heredationum arbitrio iudicis relinquebat in hoc capite non mutatum eſt.

§. DLIII.

Forma querelae inofficioſi hodierna.

Querela inofficioſi teſtamenti igitur poſt Iuſtiniani reformationem *a*) *hodie competit illis*, *qui rite quidem*, *ſed inique aut exheredati aut praeteriti ſunt*. Non igitur ad colorem inſaniae (§. 543.) amplius recurrendum eſt, ſed Iuſtinianeo iure propriam et quodammodo nouam accepit naturam. *Rite* autem *eſt facta exheredatio* intuitu *liberorum et parentum*, ſi 1) *ſub iuſta cauſa Nou.* 115. *c.* 3. *et* 4. (§. 549. 550.) *adprobata*, exheredati ſunt; 2) *ſi ea cauſa nominatim eſt in teſtamento expreſſa*; 3) *ſi illi liberi iam nati et poſthumi nominatim ſunt exheredati, qui ante omnes ius ſuccedendi ab inteſtato habent*. *Exheredatio* autem *inique eſt facta*, ſi *forma quidem memorata obſeruata eſt*, *ſed cauſa* intuitu *liberorum et parentum* legibus approbata et a teſtatore adhibita *falſa eſt*, ſaltim qua talis a *liberis et parentibus impugnatur*. *Praeteritio* autem *rite* eſt ſuſcepta, *ſi illi liberi et parentes tantum praeteriti*, *ſunt*, *qui ius ante omnes ab inteſtato ſuccedendi non habent*, quique adeo ſolum *inique* in hoc caſu praeteriti ſunt. *Praeteritio* et *exheredatio* haec *non rite* facta, efficit *teſtamentum nullum*, et *querelam nullitatis* operatur, *praeteritio* autem et *exheredatio rite quidem*, *ſed inique* facta, efficit ſolum *inofficioſum teſtamentum*, et operatur *querelam inofficioſi*, adeoque in priori caſu liberi et parentes querelam nullitatis, in poſteriori autem ſolam querelam inofficioſi inſtituere poſſunt. Intuitu vero fratrum exheredatio et praeteritio, in rite et inique factam

etam distingui nequit, et otiosum foret, quum fratribus in omni casu, vbi turpis persona iis praelata est, sola querela inofficiosi, non nullitatis competat.

a) B. H Reinold Diss. *de caussis in quibus etiam nunc querela inofficios. test. est necessaria*, Duisb. 1714 (Ei. opusc.). G. J. Stein über die Lehre des römischen Rechts vom pflichtwidrigen Testam. und den Rechtsmitteln wider dieselbe. Erl. 1799.

§. DLIV.

Mouent igitur hodie querelam inofficiosi testamenti 1) *descendentes*, et quidem illi, qui ante omnes tempore mortis testatoris ius succedendi ab intestato habent, omnesque, qui iure sui heredis gaudent (§. 539.) tam procreati quam adoptiui emancipati et legitimati (§. 542.), in casu, quo rite quidem, sed inique sunt exheredati aut praeteriti. *Filii naturales* contra testamentum quidem *patris* non, bene vero contra *matris* testamentum querelam inofficiosi mouent *a*). 2) His deficientibus demum *adscendentes* queruntur, et quidem *secundum proximitatem gradus*, adeo vt pater et mater non solum suos adscendentes, sed et adscendentes remotiores alterius lineae excludant. 3) Fratres inofficiosum testamentum dicunt, si adscendentes non adsunt. Et quum querela inofficiosi secundum modum successionis ab intestato neque introducta *b*), neque efformata sit (§. 545.), 1) *fratres cum adscendentibus simul ad hanc querelam non admittuntur c*), sed demum deficientibus adscendentibus, 2) *soli* etiam *fratres germani* et *consanguinei* admittuntur, *exclusis vterinis d*), 3) *fratrum germanorum liberi primi gradus e*) plane non admittuntur, neque adeo fratribus consanguineis

sanguineis praeferuntur, 4) vti *nec fratrum consanguineorum liberi* vlla ratione ad eam adspirare possunt. Sed quamuis ad ordinem successionis ab intestato non reformanda sit querela inofficiosi, tamen illud extra dubium est, destructo testamento per querelam inofficiosi, causam successionis ab intestato redire, atque adeo tam querelam proficuam esse posse non querenti *e*), quam etiam eandem nihil prodesse posse querenti.

a) *L.* 5. *L.* 29. *D. de inoff. testam.*

b) *L.* 6. §. 1. *D. de inoff. testam.* (VLP.) *si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerat, (nemo enim eum repellit) et casu obtinuerit: non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem. Nam intestatum patremfamilias facit.* add. *L.* 14. *et* 15. *D. L.* 28 *C.* §. 1. *I. eod. L. pen.* §. 1. *C. de adopt.* NOODTIVS tamen et PÜTTMANNVS putarunt aliam successionem ab intestato obtinuisse in querela hac inofficiosi, quamuis posterior recte neget, querelam inofficiosi secundum regulas succedendi ab intestato ordinari. (Vid *nostr. opusc. vicissitud. substit. exempl.* §. 31. *not.* 9).

c) Quae est opinio I. H. BOEHMERI in Diss. *de querela inofficiosi fratrum consanguineorum*, Hal 1721. (Ei. Exerc. Tom. 4. p. 899.) et G. L. BOEHMERI in Diss. *de querela inofficiosae donationis fratrum*, Goett. 1741. (Ei. *Elect. iur. ciu. n.* 9.)

d) *L.* 27. *C. de inoff. test.* I. L. E. PÜTTMANN Diss. *de querela inofficiosi testamenti fratribus vterinis haud concedenda*, Lips. 1761. qui egregie sententias BOEHMERORVM, HEINECCII, *van de* WATERI, HERTII, aliorumque refutauit, quos tamen nouiter defendit I. V. TRVMMER Diss. *de querela inofficiosi testamenti fratribus vterinis haud deneganda*, Erl. 1783. Sed vide eund. PÜTTMANN Progr. *Vindiciae Dissertationis de querela inoff. test. fratribus vterinis haud concedenda*, Lips. 1785.

e) Etiam hoc opinatur I. H. BOEHMERVS *c. l.*

f) L.

f) *L.* 8. §. 8. *D. de inoff. testam. Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur. Vtputa sumus duo filii exheredati. Et vtique faciet vt Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere.* Neque obstant *L.* 16. *et* 17. *eod.* F. A. Hommel Diss. *de victoria querelae inofficiosi tertio proficua.* Lips. 1719. I. H. Revter Diss. *de effectu querelae inofficiosi testamenti iuxta ordinem edicti successorii institutae intuitu non querentis*, Hal. 1749. 1765.

§. DLV.

Quid sit turpis persona.

Tam germanis *a*), quam etiam consanguineis tunc demum *b*) competit haec querela, si illis turpis persona est praelata. ***Quaenam sint infames, turpes, aut leui macula laborantes personae?*** vehementer inter ICtos disputatur. Alii *c*) ex L. Iulia at Papia Poppaea huc referunt, *lenones, lenas, a lenone manumissas, iudicio publico damnatos et in adulterio deprehensos, artem ludicram facientes, meretrices, libertinos.* Sed tota quaestio ex principiis tam iure romano quam iure germanico *d*), de infamia, turpitudine, et leuis notae macula ponendis exantlanda et determinanda est, quod huius loci non est *e*). Ceterum ea, quae de querela inofficiosi dicenda supersunt, ad eam, qua actionem, pertinent, et propterea infra eorum commodior locus erit.

a) I. N. Hertivs Diss. *de fratris germani querela inofficiosi aduersus quoscunque* (Ei. *commentt. et opusc. Vol.* II. *n.* 13.) F. Alef Diss. *de fratre germano fratris testamentum contra quoscunque impugnante.* Heidelb. 1738. (Ei. Dieb. acad.) et I. *van de* Water in *Obs. I. R. cap. XII.* putant fratribus germanis querelam competere hanc, licet turpis persona praelata non sit. Sed minus recte.

b)

b) S. C. Iester Diss. *de exiguo vsu querelae inoff. testam. in foro Prut.* Regiom. 1736.

c) Vt Heineccivs Diss. *de leuis notae macula, ad L. 27. C. de inoff. test.* Hal 1720.

d) G Stvrm Diss. *de spurio herede instituto querelam inofficiosi testamenti fratri excluso non procreante*, Vit. 1733. I. L E. Puttmann Diss. *de querela inofficiosi testamenti fratribus atque sororibus contra spurios haud competente*, Lips. 1742.

e) Praeterquam quod Theoph. L. II Tit. 18. §. 1. addit: *quando heredes scripti turpem gerunt personam: veluti, aurigae siue agitatores, mimi, venatores siue bestiarii, et qui ex turpi consuetudine notitiam contraxere: hoc enim sacris continetur constitutionibus.*

§. DLVI.

De qualitatibus legitimae portionis hodiernae. De quantitati eiusdem in genere.

Legitima portio iis heredibus debita, qui querelam inofficiosi testamenti instituere possunt, ab origine sua vsque ad Iustinianum erat quarta Falcidia, (§. 547.). Iustinianus *a*) vero eam auxit et quidem pro numero personarum, adeo vt si quatuor et pauciores in capita ab intestato succedentes adsint, legitima consistat in *triente*, sin plures quam quatuor, *in semisse b*). Non autem ex tota hereditate, sed *deducto aere alieno c*) computatur, quoniam bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno.

a) C. Chiffletivs Tr. *de portionibus legitimis*, Lugd. 1584 (Otton. *Thes. Tom. V. p.* 873.) O. Westenberg Diss. *de legitima* (in Ei. *opp.*). a Leyser Sp. 91. S. Stryck Diss. *de casibus circa legitimam controuersis*, Hal. 1705. (Ei. *Diss. Hal. Vol.* 11. *n.* 15.).

b) *Nou.* 18. c. 1. — *vt si quidem vnius est filii pater aut mater, aut duorum vel trium vel quatuor; non triuncium eis relin-*

relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem, hoc est vncias quatuor, et hanc esse definitam mensuram vsque ad praedictum numerum. Si vero vltra quatuor habuerint filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, vt sexuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel sexuncium diuidendo. add. Nou. 39. c. 1. Nou. 92.

c) *L.* 8. §. 9. *D. de inoff. test Quarta autem accipiatur, scilicet deducto aere alieno, et funeris impensa.* I. P. SLEVOGT Pr. *vtrum, quae parentibus ac liberis a testantibus relinqui debet, pars bonorum sit, an hereditatis,* Ien. 1696.

§. DLVII.

Quibus debeatur legitima portio et quonam modo diuidatur.

Legitima portio illis debetur, quibus competit querela inofficiosi testamenti (§. 547.) adeoque 1) *descendentibus* debetur, et quidem *secundum modum successionis ab intestato a*), adeo vt nepotibus ea pars huius legitimae portionis debeatur, quae eorum parenti debebatur. Vnde etiamsi plures quam quatuor nepotes in capita quodammodo succedere, videri possint, tamen non semissem, sed tantum trientem exigere possunt *b*). *Vtrum exheredatus ad augendam legitimae quantitatem connumerandus sit* varie disputatur *c*). Adfirmatiua placet, quoniam ius adcrescendi in legitima portione semper obtinuit *d*) et adhuc hodie obtinet, adeo vt liberi, qui in stirpes succedunt tanquam *coniuncti in specie tales*, ceteri vero tamquam disiuncti specturi debeant. 2) *Adscendentibus*, et quidem eadem ratione *e*) praeterquam quod ad successionem in lineas hoc in casu respiciendum non sit, quum descendentes quidem tempore *Nou.* 18. in stirpes ab intestato, non autem adscendentes in lineas, potius in capita succederent, adeoque tunc temporis capita adscendentium in legitimae quantitate definienda

nienda numerata sint, id quod Iustinianus non mutauit. Quum adscendentes hodie in successione ab intestato cum fratribus et sororibus bilateralibus concurrant (§. 456.), et legitimam portionem putent trientem aut semissem eius portionis semper esse, quam heres necessarius ab intestato accepisset (*not. a.*), etiam multi defendunt, adscendentium legitimam ex hoc concursu cum collateralibus esse aestimandam. Sed immerito, quoniam fratres nulla vnquam ratione in querela inofficiosi concurrunt. 3) *Fratribus atque sororibus* in casu, quo illis turpis persona praelata est (§. 552).

a) *L. 8 C. de inoff. test. Parentibus arbitrium diuidendae hereditatis inter liberos adimendum non est: dummodo non minus is, qui pietatis sibi conscius est, partis quae intestato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam ex indicio parentis obtineat. L. 6. 31. C. eod.*

b) Quod enim in capita succedant, id tantum accidentaliter obtinet, re vera autem eam tantum portionem accipere possunt, quam eorum parens accipere debebat, neque vlla ratio adest, quare nepotibus maior relinquenda sit legitima si soli adsint, quam si cum filiis primi gradus concurrant. Vnde male Carpz. *P. 3. c. 12. Def. 11.* et Lvdov. *Doctr. Pand. L. V. Tit. II. §. 6.* contrarium defendunt. — I. G. Engelbrecht Diss. *de legitima per quam separantur liberi*, Helmst. 1711. D. Stavinsky Diss. *de legitima iuris Prutenici*, Regiom. 1713. I. C. Claproth Diss *de computo legitimae secundum personas*, Goett 1739. I. C. A. Hüpeden Diss. *de nepotum quorundam in legitima ab auo institutorum cum reliquis diuersorum liberorum iam defunctorum descendentibus mediatis concurrentium portione legali eiusque computatione*, Marb. 1769.

c) G. C. Bastineller Diss *an filius iuste exheredatus in computatione legitimae inter liberos connumerandus sit, nec ne*, Hal. 1712. C H. Brevning Diss *de filio iuste exheredato connumerando in constituenda legitimae quantitate*, Lips. 1753. C. F. Lentz (*auct.* Fvhrmann Praes.

I. G.

I. G. DARIES) Diss. *an iuste riteque exheredatus in computatione legitimae sit connumerandus*, Frf. 1774.

d) Iure Pandectarum et Codicis ea res in controuersiam venire non poterat, quoniam in omni casu sola erat quarta. Vnde etiam decisio huius quaestionis neque ex *L.* 10. §. 5. *D. de b. p. c. tab.* (*Exheredati liberi quemadmodum edictum non committunt: ita nec commisso per alios edicto, cum illis venient ad b. p. vnaque eis querela superest, si de inofficioso dicant*) neque ex *L.* 1. §. 5. *D. de coni. cum emanc. lib.* (*Sed si patruus eorum, qui erat in potestate, sit praeteritus; pater exheredatus; debent nepotes admitti. Nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur*) desumi poterit. Etsi habeatur pro mortuo, eius tamen portio reliquis adcrescebat, adeoque etiam in hodierna legitima illud obtinere debet. Accedit, quod propter factum iniustum vnius fauor reliquorum diminui non possit.

e) I. H. EBERHARD Pr. *de quantitate portioni legitimae parentibus et fratribus debitae*, Herb. 1764. H. WAGNER Diatr. *in qua demonstratur parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem esse*, Marb. 1772. C. F. ZEPERNICK (Praes. D. NETTELBLADT) Diss. *de legitima portione parentum*, Hal. 1773. Ueber den Pflichttheil der Aeltern vorzüglich nach Nürnbergischen Rechten von J. A. Colmar. Nürnb. 1787. Meum Pr. *de portione legitima non portione portionis ab intestato debitae*, Frf. 1788. C. F. GLVCK Diss. *de constituenda legitimae portionis parentum quantitate, ad Nou.* 18. *c.* 1. Erl. 1788. (Ei. opusc. T. 3. p. 113.).

§. DLVIII.

Legitima portio heredibus his legitimis ex defuncti bonis debetur (§. 556.). Vnde 1) *debitum ex lege est*, cuius dies cedit ab existentia heredis necessarii, cuius autem dies venit tempore mortis defuncti ad eam relinquendam obligati; nulla tamen legitima 2) *viuentis a*) datur, sed demum debetur et connumeratur ex bonis defuncti, qualia fuerunt

fuerunt tempore mortis testatoris, adeo vt neque augeatur, neque minuatur, 3) *absque omni onere b) est relinquenda* atque *onus* illi *directe* adiectum pro *non scripto* habetur *c*). Iure autem Pandectarum mere potestatiua conditio adiici poterat etiam filio suo *d*), quod iure nouiori cessat; per indirectum *e*) tamen granari improprie potest, per *cautelam Socini f*), vt nominari solet; 4) *in praeiudicium legitimae bona non minoris pretii aestimari possunt*, neque 5) *loco verae legitimae eiusque quantitatis aliae res in solutum dari* et substitui *possunt*, 6) perinde autem iure Pandectarum et Codicis fuit *vtrum legitima titulo heredis institutionis directae* seu vt dicere solent, *titulo heredis institutionis honorabilis*, an per modum legati aut fideicommissi aut donationis mortis causa fuerit relicta. Sed Iure Nouellarum non nisi legitimam heredis institutionis titulo directae relinqui posse plerique contendere solent *g*).

a) L. 6. C. *de inoff. test.* *Cum quaeritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere: si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.* C. THOMASIVS Diss. *de legitima viuentis*, Hal. 1700. (Ei. *opusc.*) G. L. MENCKEN Pr. *expositionem L. 6. C. de inoff. test. sistens*, Lips. 1737. (Ei. *opusc. n.* 2.).

b) S. STRYCK Diss. *de grauamine legitimae*, Hal 1702. a LEYSER Spec. 92. H. C. SENCKENBERG Diss. *de grauamine in legitima romanis et germanis vsitato*, Goett. 1738 G. H. AYRER Diss. *de iure parentum legitimam liberorum bona mente grauandi*, Goett. 1757.

c) L. 32. C. *de inoff. test* — *hoc in praesenti addendum esse censemus, vt, si conditionibus quibusdam, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram vel modum, vel aliud grauamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens tollatur, et*

ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset. add. *L.* 30. 36. *C. eod.* *Nov.* 115. *c.* 3.

d) *L.* 4. *D. de hered. inst. L.* 6. *eod. L.* 15. 28. *D. de condit. instit.* G. FEIN Diss. *de herede suo sub conditione instituto.* Goett. 1777.

e) v. c. si filius meus hanc meam voluntatem adimplere recusat, legitima portione contentes esto, in reliqua autem hereditate tunc Caius heres esto.

f) I. V. CRAMER Pr. *de cautela Socini abundante*, Marb. 1741. C. L. CRELL Diss. *de cautela Socini et quando illa sit inutilis*, Vit. 1741. H. W. Koch über die Socinische Cautel, Gieß. 1786.

g) Propter *Nov.* 115. *c.* 3. *init.* *Sancimus igitur non licere penitus patri vel matri, auo vel auiae, proauo vel proauiae, suum filium vel filiam vel caeteros liberos praeterire, aut exheredes in suo facere testamento, (nec si per quamlibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum eis dederit legibus debitam portionem) nisi forsan probabuntur ingrati* — — *c.* 4. *Sancimus itaque non licere liberis parentes suos praeterire, aut quolibet modo a rebus propriis, in quibus habent testandi licentiam eos omnino alienare, nisi causas quas enumerauimus in suis testamentis specialiter nominauerint.* Consentit textus graecus, nisi quod HOMBERG vertat: *etsi quacunque donatione — dederint.* His opponunt alii contrarium rectius defendentes 1) quod ab origine legitimae vsque ad hanc *Nov.* per totam Iurisprudentiam Romanam etiam secundum Iustiniani anteriores sanctiones *v. c. L.* 30. 31. 33. 34. *et* 36. *C. de inoff. test.* §. *pen. I. eod.* semper per modum legati, fideicommissi aut donationis mortis causa relinqui potuerit legitima portio. Num autem Iustinianus tot tantasque leges atque ius antiquum per transennam quasi derogauerit? 2) quod idem plane sit, vtrum liberi titulo hereditatis directae an alio titulo eandem accipiant, modo iniuria exheredationis aut praeteritionis ab iis sit remota, quod Iustinianus solummodo intendit. *Nov. cit. c.* 5. 3) titulus heredis directi non sit honorabilior, neque vtilior quam titulus legati etc. 4) Neque Iustinianus *cap.* 4. illud repetiit,

quum

quum de caussis exheredationum intuitu parentum agat 5) In libris quoque Basilicis tota haec parenthesis non inuenitur, indeque forsitan additamentum nouius est, nec minus FABROTTVS cum STRAVCH Exerc. 4 ad L. Decis. c. 3. n. 6. 7. κἂν εἰ μὴ non vertit *nec si*, sed potius *nisi*. Denique 6) non vt vulgo opinantur, Iustinianus constituit, *vt legitima titulo heredis institutionis directae relinqui debeat*, sed tantum, vt non sufficeret, si legitima per modum legati etc. relicta esset, indeque, modo liberi heredes instituti sint, in re minima etiam, legitima omnino etiam Iure Iustinianeo titulo legati, donationis inter viuos etc. relinqui potest Idem defendunt SCHILTER *Exerc.* 14. §. 60. FABER *de error Pragm Dec.* 14. *err.* 6. WESTENBERG *de port legit.* Disp. 4. c. 1. §. 8. VAVDIVS *Var. quaest. Quaest.* 5. FVCVS *cit. Diss.* c 5. PEREZ *ad Cod* Communis sententiae defensionem praesertim suscepit P. *de* TOVLLIEV *Collectan.* (edit. WOLBERS) *Diss.* IX. *de portione legitima titulo institutionis relinquenda.*

§. DLIX.

De expletione legitimae.

Si testator non totam legitimam sed ita solum eandem reliquerit, *vt aliquid illi desit, quod ad quantitatem iustam eiusdem requiritur*, testamentum neque *nullum* est, neque *inofficiosum*, *sed liberi ceterique, quibus debetur*, *solum ad supplendam legitimam agere possunt a*). Ea igitur *condictio suppletoria b*), praeponit loco legitimae et titulo eiusdem aliquid relictum esse iis, quibus debetur legitima, quod tamen quantitatem legitimae legibus determinatam non adtingit. Non igitur certa res seu species legata aut donata querelam nullitatis excluderet, etiamsi titulo legati legitimam portionem relinqui posse videri posset, neque adeo propterea is, cui certa res legata aut donata est, con-

tentus esse debet condictione suppletoria, nisi illa res aestimata, et *tamquam legitima* relicta sit.

a) L. 30. *C. de inoff. test.* — *vt, siue adiiciatur in testamento de adimplenda legitima portione, siue non, firmum quidem sit testamentum, liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum — queri poterant, id, quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine vllo granamine vel mora exigere* — — — add. L. 36. *C. eod.* §. 3. *l. eod. Nou.* 115. *c.* 4.

b) B. Bardili Diss. *de condictione ex lege ad supplementum legitimae*, Tub. 1659. G. Schweder Diss. *de condictione ex lege liberis ad supplementum legitimae competente*, Tub. 1696. (Ei. *Dissert. T. I p.* 581.). *de* Cramer von der *condict. ex lege ad supplementum legitimae.* (W. Nebenst. *p.* 115. *n.* 12.). I. P. Schmidt Progr. *de remediis iuris, quae liberis institutis propter legitimam competunt*, Ien. 1773.

§. DLX.

De concursu legitimae cum portione statutaria remissiue.

Fieri potest, vt ex bonis defuncti tam portio legitima iure romano liberis, parentibus atque fratribus, quam portio coniugi superstiti debeatur, quo in casu quaeritur, *quaenam portio prius detrahenda sit?* In hoc capite etiam legibus expresse non deciso diuersam tuentur ICti sententiam. Alii legitimam, alii portionem coniugalem praeferendam existimant. Sed distinguendum nobis videtur, vtrum de ea portione coniugali sermo sit, quae coniugibus ex statutis debetur propter communionem bonorum germanicam, aut viuo defuncto aut demum post eius mortem existentem; an de ea, quae etiam citra communionem bonorum coniugi relinquenda est, quum passim portio romana (§. 466.) ab intestato succedenti coniugi debita, ita

ita statutis confirmata et constituta sit, vt etiam ex testata hereditate coniugis defuncti debeatur. Posteriori in casu *portio statutaria instar legitimae romanae aestimanda*, atque adeo *pro debito hereditario habenda*, indeque *ex tota hereditate vtraque legitima protio deducenda et computanda erit*, neque vna prae altera gaudet praerogatiua *a*). Priori in casu vero, vel communio vniuersalis, vel particularis praeponitur. Si posterius, *bona quae in communione particulari fuerunt, diuidenda sunt in duas partes aequales, et ex dimidia horum bonorum cum reliquis bonis defuncti coniugis computanda est legitima portio liberorum parentum atque fratrum.* Sin prius, *vna dimidia debetur coniugi superstiti, et ex reliqua dimidia portio legitima demum computari potest*, quoniam legitima solum debetur ex *bonis defuncti*, in hoc casu autem ad defunctum non pertinebat nisi dimidia bonorum communium. Deducta vero hac legitima quod superest ad heredem forsan institutum pertinet. Aliter vero in *Marchia* constitutum erat *b*), vbi coniux quinque et plures liberos relicturus testari non poterat. Ceterum de hac portione statutaria tenendum: 1) *eam, quae propter condominium competit, coniugi superstiti neque propter causas exheredationum iuris romani, neque propter vllas alias causas adimi posse c*), 2) *coniugi superstiti electionem competere d*), *vtrum illata et propria sua bona repetere, an portionem statutariam petere velit*; 3) *portionem statutariam agnitam in heredes transire e*), 4) *eandemque si propter communionem bonorum non debeatur, intra spatium deliberandi transmitti in heredes*, 5) *eam autem, quae ex communione bonorum oritur, etiam praeterlapso anno deliberandi, vsque ad praescriptionis lapsum, heredibus competere*, 6) *coniugem*

gem ratione huius portionis heredem fieri coniugis superstitis f), nisi illa ex communione bonorum debeatur.

a) I. C. SCHROETER Diss. *de praerogatiua portionis statutariae prae legitima eiusque computatione ex bonis feudalibus nouiter adquisitis,* Ien. 1725. I. H. BERGER Diss. *de legitima mariti,* Vit. (Ei. *Diss. select. p.* 753.) I. SCHILTER Diss. *de legitimae cum quarta portione coniugi superstiti debita concurrentis comparatione*, Alt. 1697. I. G. LAMM Comm. *de legitima in casu si coniugi superstiti in omnia defuncti bona per statutum successio tribuitur, parentibus competente*, Vinar. 1760. (C. F. Gerstlacher) Bew. einer neuen Meynung von richtiger Berechnung des Pflichttb. der Eltern, Kinder und Geschwister, wenn der überlebende Ehegatte miterbt, Stuttg. 1772. Ei. Bestätigung der neuen Meynung ib. 1776. C. L. R. (Röslin) Gedanken v. richtiger Berechnung des Pflichttb. 1. 2 St. 1772. 1774. Ei. Sechs Nachträge z. s. Gedanken. — C. F. WALCH Diss *de portione statutaria in legitimam computanda*, Ien. 1776. Abh. über die Fr. ob dem Pflichttb. der Vorzug vor der statutarischen Portion gebühre, wo der letzte Mobiliarerbe ist. Frkf. u. Leipz. 1788.

b) Neum. C. G. Ordn. Cap 33. „weil auch in den Untergerichten bisher ratione determinationis legitimae „liberorum einige Zweifel fürgefallen, als soll es künftig „also gehalten werden, daß wenn ein Ehegatte und fünf „oder mehrere Kinder vorhanden seyn, unter welchen die „Erbschaft zu theilen ist, den Kindern die Hälfte der ganzen Verlassenschaft loco legitimae verbleiben, und ihnen „von dieser Hälfte, weder per testamentum parentum, „noch auf andre Art und Weise etwas entzogen und andern zugewendet werden müsse, weil dem überbleibenden Ehegatten die eine Hälfte der Erbschaft vermöge der märkischen (§. 467.) *Constitution de a.* 1527. „*sub tit.* Erbfälle zwischen Eheleuten rc. gebührt (?), „und dahero billig fünf oder mehrern Kindern die „andre Hälfte vor allen andern zu gönnen ist. Wenn „aber ein Ehegatte mit vier oder wenigern Kindern, die „Erbschaft zu theilen hat, alsdenn soll die legitima liberorum auf zwo tertias partis dimidiae totius hereditatis sich erstrecken, und nur ratione residui denen

„Eltern

„Eltern freystehen, nach ihrem Belieben zu testiren." F. H. C. Graffunder Vers. einer richtigen Erkl. der NMkschen EGerichtsord. v. 11. Dcbr. 1700 bey Erört. der Fr. ob eine NMksche Wittwe durch ein Testament von der Einwerf. ihres Eingebr. bey Berechn. des Pflichttheils der Kinder befreyt werden kann? Cüstrin, 1796.

c) A. F. Hunold Diss. *de exheredatione coniugum*, Frf. 1720. C. L. Crell Diss. *portionem statutariam marito ab vxore bona mente adimi posse, ad Const. El. Sax. p. 3. c. 7.* Viteb. 1743. I. C. Schacher Diss. *de portione statutaria quatenus illi praeiudicium inferri possit a coniugibus*, Lips. 1692. de Cramer Ob ein Ehegatte, welcher durch seine Verbrechen, ruchloses auch incorrigibiles Leben gegründete Ursachen an die Hand gegeben, warum die Scheidung von Tisch und Bett vna cum separatione bonorum decretirt worden, alle Succession, also auch portionem statutariam in des unschuldigen Verlassenschaft verliere. (Ei. W. Nebst. p. 76. S. 115.)

d) I. P. Streit Diss. *an vidua, cui statuto locali ex suis et defuncti mariti bonis certa portio tribuitur, hanc possit repudiare et illata repetere*, Erf. 1716. A. Kaestner Pr. *an vxor, quae consentit marito testanti portioni statutariae sine curatore renunciare possit*, Lips. 1725. S. P. Gasser Diss. *de lucro dotis marito in pactis dotalibus concesso portionem statutariam non excludente*, Hal. 1740. C. F. Walch Diss. *de renunciatione tacita portionis statutariae*, Ien. 1760.

e) **J. E. B. Emminghaus in wie fern die noch nicht erkannte statutarische Portion auf die Erben übergehe**, Wien 1784.

f) A. F. S. Green Pr. *an vidua quae statutariam portionem capit pro herede mariti habenda sit?* Lips. 1776. P. W. Schmidt *de vxore mariti herede quatenus ad eius aes alienum soluendum ex statuto teneatur, in integrum non restituenda*, Ien. 1755.

§. DLXI.

§. DLXI.

De exheredatione bona mente facta.

Eam exheredationem, quam hucusque descripsimus, *male notae* seu *mala mente factam* dicunt. Sed et statuunt, *bona mente aliquem exheredari et praeteriri posse a*), et quidem si exheredatio aut praeteritio in fauorem et commodum potius exheredati, quam eius praeiudicium vergat. Ad quas causas referunt 1) *infantia exheredati*, et inde metuenda dismembratio bonorum si ea liberis aut tutoribus traderentur, 2) *prodigalitas patris*, ob quam mater liberos exheredare posset, donec a patria liberentur potestate. 3) *mores exheredati*, qui suadent ne exheredatus bona accipiat, quum ea ad aes alienum extinguendum statim impendi deberent, vnde etiam ob hanc causam, 4) patrem exheredare posse filium defendunt, modo nepotibus hereditas relinquatur. Sed ea Iuris loca *b*), quae adferuntur, communem quidem sententiam non probant, quoniam ante *Nou*, 115. caussae exheredationum nondum determinatae erant, adeoque tunc temporis omnes caussae exclusionis arbitrio iudicis relictae erant, indeque etiam facile ea exclusio haud inofficiosa videri poterat, qua per indirectum commodum ipsius exheredati potius promotum videbatur. Quum vero iure Nouellarum, certae caussae exclusionis determinatae sint, nullaque alia (§. 551.) sicuti nec vllum grauamen in legitima (§. 558. not. *b*) admitti possit, etiam nulla exheredatio bona mente facta, inuito exheredato et praeterito nostra quidem ex sententia locum inuenire potest *c*). Praeterea mater vsumfructum legitimae liberis debitae patri adimere non posset *d*), etiamsi exheredatio bona mente in legibus ipsis fundata esset.

a) S.

a) S. F. WILLENBERG Diſſ. *de exheredatione bona mente facta*, Ged. 1710. a LEYSER Spec. 358. T. I. REINHARTH Diſſ. *de eo quod iuſtum eſt circa exheredationem bona mente einsque vſum hodiernum*, Goett. 1743. F G. ZOLLER Diſſ. *de exheredatione bona mente facta*, Lipſ. 1769. G. H. AYRER Diſſ. (§ 558. not. *b*).

b) *L.* 18. *D. de lib. et poſth. Multi non notae cauſa exheredant filios, nec vt eis obſint, ſed vt eis conſulant, (vt puta impuberibus) eisque fideicommiſſam hereditatem dant. L.* 25. *C. de inoff. teſt. (Diocl. et Max.). Filiis matrem, que de mariti moribus ſecus ſuſpicatur, ita poſſe conſulere iure compertum eſt, vt eos ſub hac conditione inſtituat heredes, ſi a patre emancipati fuerint: atque eo pacto ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem patrem cum re accipere non videri, qui conditioni minime obtemperauerit: neque ei nomine filiorum inofficioſi eo modo actionem poſſe competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, ſed potius putauerit prouidendum: et ideo reſtituere debet.* add. *L.* 12. §. 2 *D. de bon. libert. L.* 47. *eod. L.* 10. §. 2. *D. de curat. furioſ. L.* 36. *C. de inoff.* Bona mente exheredatus Iure romano ſemper ex bonis aliquid accipiebat, quamuis non tamquam heres inſtitutus. Vnde adparet, filii obaerati exheredationem, haud dici poſſe bona mente factam, ſi pater nihil ex ſuis bonis illi relinquit, ſed omnia nepotibus aut aliis legat.

c) HOMMEL *Rhapſ. Obſ.* 632. F. A. MUHL *Exheredationem b. m. factam iure nouiori R. non amplius eſſe admittendam.* Frf. 1800. MICH. HENR. GRIEBNER Diſſ. *de vſufructu legitimae patri non adimendo*, Lipſ. 1706.

Tit. III.

De directa heredis inſtitutione vlteriori, ſeu de ſubſtitutione.

a) in genere.

§. DLXII.

Subſtitutio *a*) eſt heredis inſtitutio ita comparata,

ta, vt vnius heredis institutio subordinate determinent alterius heredis institutionem *b*), seu vbi adquisitio hereditatis intuitu vnius heredis instituti considerata, rationem adquisitionis continet de alterius heredis instituti adquisitione (§. 529). Et quidem vel ita, vt 1) *adquisitio*, quae respectu primi heredis tanquam *existens* spectatur, rationem contineat *de impossibili nunc hereditatis adquisitione alterius heredis;* quod obuenit in substitutione directa vulgari, vel 2) vt *adquisitio hereditatis* respectu primi heredis, tamquam *non existens* et *non exstitura* considerata, rationem contineat *de possibili nunc hereditatis adquisitione ratione heredis vlteriori gradu scripti,* quod iterum obuenit in substitutione vulgari, vel 3) ita, vt *hereditatis adquisitio* heredis primi *tamquam existens* considerata rationem possibilitatis contineat *de possibili hereditatis adquisitione ratione vlterioris heredis*, quod occurrit in substitutione pupillari, quasi pupillari et fideicommissaria, vel denique 4) ita vt, si heres priori gradu scriptus hereditatem *non adquirit*, tunc *adquirere* quoque *non posset* hereditatem heres vlteriori gradu scriptus, quod iterum videre est in substitutione pupillari, quasi pupillari et fideicommissaria. Et ita patet, 1) *substitutionem esse eam heredis institutionem, vbi vnius heredis adquisitio hereditatis dependet ab alterius et quidem primi heredis adquisitione hereditatis* (§. 529.) 2) quid sibi velit illud: *vnius heredis instituti hereditatis adquisitio subordinate determinat alterius heredis instituti hereditatis adquisitionem*, 3) *substitutionem semper praeponere duos heredes, et quidem subordinate institutos.*

a) C. Chifletius Tr. *de substitutionibus*, Lugd. 1584. (in Otton. *Thes. Tom. V. p.* 1669). S. Stryck Diss. *de iure substitutionum*, Hal. 1702. (Ei. *Caut. test. cap.*

cap. 18). I. I. TURIN Diss. *de substitutionibus*, Erf. 1733. a LEYSER Spec. 362.

b) Vulgo quidem breuissime substitutio dicitur *heredis institutio in locum deficientis primi*. Sed eam falsam neque genericam esse, ostendit melioremque suppeditauit. I. H REVTER Diss. *de substitutione reciproca eiusque a iure accrescendi discrimine*, Hal. 1750 Namque 1) quandoque in locum tertii, quarti etc. substituitur, 2) esset solum definitio de vna specie, scil. de substitutione vulgari, non autem dici potest de substitutione fideicommissaria, pupillari et quasi pupillari. Quum enim iure romano exheredato etiam impuberi, neque minus etiam hodie exheredato filio mente capto, substitui possit pupillariter et quasi pupillariter, certe pupillaris et quasi pupillaris substitutus non surrogatur in locum deficientis primi heredis. 3) Recte dicit quidem Modestinus in L. 1. D. *de vulg. et pup. subst — heredes aut instituti dicuntur aut substituti. Instituti primo gradu, substituti, secundo vel tertio*: sed definitionem substitutionis genericam non dedit neque dare voluit.

§. DLXIII.

De diuisione substitutionis.

Substitutio est heredis institutio (§. *praec.*). Omnis vero heredis institutio vel est fideicommissaria, vel directa, (§. 424.), adeoque et substitutio vel fideicommissaria, vel directa esse potest. In priori substitutus hereditatem restitutam accipit ab herede priori gradu scripto, et de hac dicemus in Theoria de fidecommissis. In posteriori vero substitutus hereditatem, in qua institutus est, absque vlla praecedente restitutione ab herede priori gradu scripto facienda, capit, recteque ideo directa substitutio dicitur, quamuis eius adquisitio hereditatis subordinate determinetur ab hereditatis adquisitione heredis prioris. Haec autem substitutio directa

recta ſemper conditionem inuoluit, quae tamquam *exiſtens circa eum, cui aliquis ſubſtituitur*, ponitur, ſiue hic, cui ſubſtitutus eſt, ipſe ſit primus heres, ſiue alius, prout ex conditionibus diuerſarum ſubſtitutionis directae ſpecierum adparet. Namque ſubſtituti hereditatis adquiſitio non ſolum ſubordinate dependet ab hereditatis adquiſitione prioris heredis, ſed etiam vel a conditione, *ſi primus heres non erit*, vel non. Priori in caſu eſt et dicitur *Juſtitutio vulgaris*, poſteriori vero, vel a conditione, ſi filius intra impubertatem deceſſerit, vel non, ſeu ſi liberi in dementia aut furore de ceſſerint. Si prius, nuncupatur *ſubſtitutio pupillaris*, ſin poſterius, *ſubſtitutio quaſi pupillaris a*).

a) Vulgo quidem quatuor ſpecies ſubſtitutionis directae perhibentur, 1) *vulgaris*, 2) *pupillaris*, 3) *exemplaris*, 4) *militaris*, ſed poſterior non vera ſpecies eſt.

§. DLXIV.

Subſtitutio directa *a*) continet heredis inſtitutionem directam (§. *praec.*). Quare ea omnia, quae de heredis inſtitutione in genere valent, valeant quoque neceſſe eſt de ſubſtitutione directa. Quapropter qui directe inſtituere, et inſtitui non poſſunt nec directe ſubſtituere et ſubſtitui poſſunt, indeque etiam in codicillis directa non obuenire poteſt ſubſtitutio, etc. *b*). Simulque a teſtatoris arbitrio pendet, vtrum in locum vnius plures, an in locum plurium vnum ſubſtituere velit *c*). In dubio ſubſtitutio in teſtamento ordinata, *directa praeſumitur d*).

a) T. Papillonivs Tr. *de directis ſubſtitutionibus* (in Otton. Theſ. T. IV. p. 665). I. G. Nedelmann Diſſ. *de ſubſtitutionibus directis*, Gieſſ. 1723.

b) §.

b) §. 2. I. de codicill. (§. 13. not. b).

c) L. 36. §. 1. D. de vulg. et pup subst. Et vel plures in vnius locum possunt substitui, vel vnus in plurium, vel singulis singuli, vel inuicem ipsi, qui heredes instituti sunt.

d) C. 1. X. de testam in 6to Cum in substitutionibus semper sit interpretatio facienda, vt substitutio directa intelligatur potius quam obliqua, quamquam directa interdum ad fideicommissum ex caussa trahatur. — I. T CARRACH Diss. de substitutionis directae argumentis in formula dubia. Hal. 1731.

b) De vulgari substitutione.

§. DLXV.

Substitutio vulgaris a) conditionem continet, *si primus heres non erit* b) (§. 563.), atque adeo haec substitutio ita est comparata, vt non *conditionem* solum *in herede primo existentem* comprehendat, sed etiam *vulgariter substitutus ipsi heredi primo substitutus sit*, indeque vulgariter substituti adquisitionis hereditatis possibilitas determinatur per eum euentum, quo heres primus hereditatem non adquisiuerit. Conditio autem, *si heres primus heres non erit*, tam ad existentiam venire potest, si heres primus here esse non vult, quam si heres fieri nequit. Si prius, *casus noluntatis*, sin posterius, *casus impotentiae* vocatur, et hic posterior adest, aut si heres aute testatorem decesserit, aut etiam post testamentum conditum inhabilis heres factus est. Verba, *si primus heres non erit, vtramque conditionem* complectuntur, sed si testator vnum *casum specialem* solum expressit, proprie quidem alter casus subintelligi non posset, attamen benigna iuris ciuilis interpretatione, propterea quod praesumtio sit, testatorem excludere voluisse heredes ab intestato c), inductum est d); *casum*

casum expressum tacite continere casum non expressum.

a) P. *de* Tolliev Diss. *de substitutione vulgari*, Ling. 1702. (quae tamen in eius *collectaneis* a Wolbers editis non inuenitur). F. A. Pfann Diss. *de substitutione vulgari*, Vienn. 1736.

b) §. 1. *I. de vulg subst.* (ex *L.* 36. *D. eod.*) *Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere: vt puta si ille heres non erit, ille heres esto, et deinceps* —.

c) Caussae substitutionis vulgaris variae fuerunt; 1) quod ignominiosum erat defuncto obaerato, si nullus eius existeret heres, §. 1. *I. quib causs. manum n. lic.* Cic. *pro P. Quint c.* 15. 2) ne sacra interirent domestica, 3) ne testamentum destitueretur, adeoque ne portio deficiens ex L. Papiae dispositione ad fiscum perueniret, 4) ne heredes ab intestato deficiente herede testamentario ad hereditatem peruenirent.

d) *arg. L.* 4. *D. de vulg. et pup. subst. L.* 4. *C. eod.* (§. 570. *not. b*).

§. DLXVI.

Substitutio vulgaris ideo nominatur, quoniam *a quocunque testatore cuicunque heredi instituto* fieri potest. *Substitutus* autem *vulgaris* qua talis *heres fit ipsius substituentis, non eius, cui substituitur*, eamque portionem solum, adeoque non plus nec minus *a*) iure substitutionis capit, quam accepisset heres primus, licet iure institutionis plus relictum habere possit. Quum substitutio vulgaris praeponat conditionem, si heres primus non erit, statim patet, *omnem substitutionem vulgarem exspirare simul ac heres primus hereditatem acquisiuit*, atque adeo nulla vnquam ratione substitutum vulgarem qua talem in eo casu ad hereditatem substituentis adspirare posse *b*), quod etiam obtinet,

si sub-

si substitutus ante heredem priori gradu scriptum decedit, quoniam nec spes ex substitutione ad heredes transmittitur (§. 435.). Necessario quoque *substitutus substituto haberi debet substitutus instituto c*), illique succedit, quum testatori liceat plures substitutionum gradus in quantum velit perficere. Denique *plures coheredes sibi inuicem substitui possunt*, id quod vocatur *substitutio reciproca d*), et quum id compendio orationis fieri possit, etiam *compendiosa* et a quibusdam barbare *breuiloqua* vocatur.

a) §. 2. 3. *I. de vulg. subst Et si ex disparibus partibus heredes scriptos inuicem substituerit, et nullam mentionem in substitutione partium habuerit: eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit. Et ita D. Pius rescripsit. Sed si instituto heredi, coherede substituto dato, alius ei substitutus fuerit: D. Seuerus et Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad vtramque partem substitutum admitti.* add. *L. 1. C. de impub. et al. subst.*

b) *L. 5. C. de imp. et al. subst. Post aditam hereditatem directae substitutiones non impuberibus filiis factae exspirare solent.* C. L. Crell Diss. *Vtrum herede instituto intra annum deliberandi mortuo substitutus admittatur*, Viteb. 1734. C. A. Tittel Diss. *de substituto vulgari per substitutum adeuntem non excluso et non adeuntem excluso*, Ien 1754. qui tractat casus vbi vulgariter succedit, si heres primus contra aditionem hereditatis in integrum restitutus, aut seruus alienus institutus est, aut vbi vulgariter propter transmissionem hereditatis etc. non succedit. add. I. R. Flor Diss. *de vulgari substitutione transmissionem hereditatis non impediente*, Goett. 1781. Medit. 1 B. n. 32.

c) *L. 27. D. de vulg. et pup. subst. Si Titius coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius, verius puto, in vtramque partem Sempronium substitutum esse.* add. §. 1. 3. I. eod.

d) I. H. Reuter Diss. (§. 562. not. *b*) I. A. Cleemann Diss. *de reciproca coheredum substitutione*, Lips. 1770.

c) De

c) *De substitutione pupillari.*

§. DLXVII.

Origo et natura substitutionis pupillaris.

Moribus iam ante LL. XII. tabb. introducta *a*), legibusque decemuiralibus confirmata videtur *facultas liberis impuberibus substituendi b*). Erat ea effectus patriae potestatis tam late patentis, aequumque visum fuit, vt, quum filiusfamilias nihil proprii haberet, pater etiam de bonis illi relictis disponere posset in casum, si filius impubes decesserit, atque adeo testamentum iure facere non posset (§. 512.). Sed et deinde introductis licet variis peculii generibus, haec pupillariter substituendi facultas patri mansit, iureque recentiori etiam retenta est. Quum igitur vi patriae potestatis ius pupillariter substituendi solum competat, *neque emancipatis liberis, neque nepotibus in alienam potestatem recasuris pater*, neque in genere *mater*, *liberis suis pupillariter substituere potuit atque potest.*

a) L. 2. D. *de vulg. et pup. subst. Moribus introductum est, vt quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perueniant, feminae ad duodecim, quod sic erit accipiendum, si sint in potestate, ceterum emancipatis non possumus: postbumis plane possumus: nepotibus etiam possumus: et deinceps si qui non reccasuri sunt in patris potestate* L. 162. *D. de V. S.*

b) I. Finestres *de et a* Monsalvo *Prael. ad Tit. Pand. de vulg. et pup. subst.* Geruar. 1752. G. S. Madihn Diss. *de vera indole substitutionis pupillaris tam iure veteri quam recentiori*, Hal. 1759. rec. sub. tit.: Diatr. I. C. *vicissitudines substitutionum impuberum complexa* ib. 1769.

§. DLXVIII.

§. DLXVIII.

De forma pupillaris substitutionis externa et interna.

Pater si impuberibus liberisfamilias heredem substituere vult, id obseruare debet, *vt sibi ipsi heredem instituat a*). Nam sine heredis institutione prima non cogitari neque valere potest heredis institutio secunda seu substitutio. Non autem amplius necesse est, vt heredis institutio prima praecedat substitutionem, modo in vno testamento vno contextu facta sit *b*), quod iure anteriori secus erat, quum ab initio pupillares substitutiones in secundis et separatis tabulis fierent, 2) *vt formam testamenti adhibeat*, adeoque forma codicillorum non sufficit. Sed tam in *publico* quam *priuato*, tam *testamento solemni* quam *priuilegiato* obuenire potest. In testamento autem *priuilegiato parentum inter liberos solum pupillaris substitutio eatenus obuenire posse putamus*, *si pater liberos tantum liberis substituat.* 3) Sed *vnam tantum formam* obseruare debet, quoniam *vnum est testamentum c*), licet *de duabus hereditatibus*, et accessorium testamenti paterni. 4) *Potest* autem *pater*, ne substitutus pupillo insidias vitae struere possit, *pupillarem substitutionem occultare*, atque *eius aperturam vsque ad pubertatem pupilli differre d*), quod tamen consilium, non lex est.

a) §. 5. *I. de pupill. subst. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi et sibi faciat. Nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo vt si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit* add. *L.* 2 §. 1. *D. de vulg. et pup. subst.*

b) *L.* 2. §. 4. *D de vulg. et pup. Prius autem sibi quis debet heredem scribere, deinde filio substituere et non conuertere scripturae ordinem: et hoc Iulianus putat (prius sibi*

 debere

debere deinde filio heredem ſcribere ;) ceterum ſi ante filio, deinde ſibi teſtamentum faciat, non valere. Quae ſententia reſcripto Imperatoris noſtri — comprobata eſt, et merito: conſtat enim, vnum eſſe teſtamentum, licet duae ſint hereditates: vsque adeo vt, quos quis ſibi facit neceſſarios, eodem etiam filio faciat, et poſthumum ſuum filio impuberi poſſit quis ſubſtituere. §. 5. Sed ſi quis ita fuerit teſtatus, ſi filius meus intra quartum decimum annum deceſſerit, Seius heres eſto, deinde, filius heres eſto: valet ſubſtitutio, licet conuerſa ſcriptura filii teſtamentum feceris. — §. 7. Quod igitur dictum eſt ſingulis liberorum ſubſtituere licere: ideo adiectum eſt, vt declaretur, non eſſe a filii teſtamento incipiendum impuberis.

c) *L.* 2. §. 4. *cit.* §. 5. *I. de pup. ſubſt.* (*not. a*) §. 2. *I. eod. Igitur in pupillari ſubſtitutione ſecundum praefatum modum ordinata, duo quodammodo ſunt teſtamenta: alterum patris alterum filii, tamquam ſi ipſe filius ſibi heredem inſtituiſſet: aut certe vnum teſtamentum eſt duarum cauſarum, id eſt duarum hereditatum. L.* 20. *D. eod. Patris et filii teſtamentum pro vno habetur etiam in iure praetorio. Nam (vt Marcellus ſcribit) ſufficit tabulas eſſe patris ſignatas, etſi reſignatae ſint filii; et ſeptem ſigna patris ſufficiunt. Si pater ſibi per ſcripturam, filio per nuncupationem, vel contra fecerit, teſtamentum valebit.*

d) §. 3. *I. de pup. ſubſt. Sin autem quis ita formidoloſus ſit, vt timeat, ne filius ſuus pupillus adhuc ex eo, quod palam ſubſtitutum acceperit, poſt obitum eius periculo inſidiarum ſubiaceat: vulgarem quidem ſubſtitutionem palam facere, et in primis teſtamenti partibus ordinare debet, illam autem ſubſtitutionem, per quam ſi heres extiterit pupillus, et intra pubertatem deceſſerit, ſubſtitutus vocatur, ſeparatim in inferioribus partibus ſubſcribere debet, eamque partem proprio lino, propriaque cera conſignare, et in priori parte teſtamenti cauere, ne inferiores tabulae viuo filio et adhuc impubere aperiantur. Illud palam eſt, non ideo minus valere ſubſtitutionem impuberis filii, quod in eisdem tabulis ſcripta ſit, quibus ſibi quisque heredem inſtituiſſet, quamuis pupillo hoc periculoſum ſit.*

§. DLXIX

§. DLXIX.

5) Vt *filium sibi heredem institueret pater* necesse non erat iure anteriori, quoniam *et exheredato a) poterat substituere;* iure Nouellarum vero id non amplius praecedere posse putamus, quia omnes causae exheredationum (§. 551.) dolum praeponunt, impubes autem doli incapax sit, quamuis sint, qui et adhuc hodie substitutionem exheredati defendant *b*). 6) *Pater matrem substituere non necesse habet, neque* etiam *mater ex hereditate filii legitimam exigere potest c*), potius 7) *omnis substitutio pupillaris est heredis institutio voluntaria* (§. 529.). Et quum solum pater vi patriae potestatis pupillariter substituere possit, 8) neque *mater d*), neque *pater liberis emancipatis pupillariter substituere possunt*, sed eiusmodi substitutio solum *fideicommissaria e*) esse potest, qualis habetur, si clausula codicillaris eiusmodi testamento adiecta est.

a) §. 4. *I de pup. subst. Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt — sed etiam exheredatis.* L. 1. §. 2. *D. de vulg. et pup. subst. Substituere liberis tam heredibus institutis, quam exheredatis possumus, et tam eum, quem heredem nobis instituimus quam alterum. Substituere liberis pater non potest nisi si heredem sibi instituerit, nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.* A. Rotgersius Diss. *tutorem ac substitutum pupillarem recte dari filio exheredato,* Harderov. 1720. G. F. Trautmann Diss. (§. 549. *not e*).

b) In bona mente exheredatione, et si, vt aiunt, malitia aetatem supplet. Sed nec hanc a iure criminali ad ius ciuile transducere possumus exceptionem.

c) L. 8. § 5. *D. de inoff. test. Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater ei hoc fecit. Et ita Papinianus respondit. Nec patris frater: quia filii testa-*

testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. c. 1. X. de testam. Licet autem filius testamento suo matrem portione sua iure naturae debita priuare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest. Nam testamentum huiusmodi pupillare paternum vel paterni pars potius est censendum. Copiosius dictum est de hac re a FRATRE in *Diatr.* et a nobis in *opusc.* Recoxit antiqua S. REICHEL Pr. *vtrum legitima ex filii testamento a patre condito competat matri*, Lipf. 1757. H. SAMSON Diss. *An substitutio pupillaris priuet matrem iure petendi legitimam*, Arg. 1733. C. T. A. *de* DALBERG Diss. *de matre praeterita vel a legitima inique exclusa testamentum patris pupillariter substituentis per querelam inofficiosi expugnante*, Heidelb 1761. C. G. EINERT Diss. *de dissensu iuris patrii et subsidiarii in quaest. vtrum substitutione pupillari mater iure petendi legitimam priuetur*, Lipf. 1774. Entsch. d. G. C. v. 11ten Oct. 1782. daß die Mutter oder andere Ascendenten von dem Pflichttheile des Nachlasses ihrer in der Impubertät versterbenden Kinder oder Enkel nicht ausgeschlossen werden können.

d) *L.* 33. *D. de v. et pup. subst. Si mater ita testatur, vt filium impuberem, cum erit annorum quatuordecim heredem instituat, eique pupillaribus tabulis, si sibi heres non erit, alium substituat, valet substitutio.* C. KOWALEWSKY Diss. *de eo quod iustum est circa substitutionem a matre et auia factam*, Regiom. D. F. HOHEISEL Diss. *de pupillaribus tabulis a matre confectis*, Hal. 1726. *de* CRAMER Pr. *de substitutione fideicommissaria, matris in diem, quando liberi ipsius intra pubertatem decesserint, nec cum vulgari in eundem diem nec pupillari confundenda*, Marb. 1741. (Ei. *opusc. T.* 1. *p.* 501.)

e) C. V. GRVPEN Obs. *de substitutione liberis primi gradus tantum facta.* (in Ei. Discept. forens. c. 1. p. 21.) Ei. Obs. *de substitutione pupillari aui paterni ex defectu patriae potestatis inualida* (*ib. p.* 65.) vbi refellitur *Consilium facult. iurid. Francof.* Ob ein *auus paternus*, seine *nepotes*, *qui ex filio per nuptias et separatam oeconomiam emancipato nati erant, sine viuo sine mortuo patre* in väterliche Gewalt habe, und folglich ihnen *pupillariter substituiren* könne. (*ibid.*)

§. DLXX.

§. DLXX.

De effectibus pupillaris substitutionis.

Substitutio pupillaris eum habet effectum, vt 1) *pupillariter substitutus heres fiat ipsius pupilli*, si pupillus intra impubertatem decessit, *eiusque omnia bona accipiat*, siue haec a matre siue a patre siue aliunde *a*), modo quoad proprietatem adquisiuerit, 2) adeoque *pupillariter substitutus* qua talis *non heres fit ipsius substituentis* nec eius capit bona, nisi accidentaliter, si nempe pupillus ipsius substituentis heres est factus; quamuis 3) *substitutio pupillaris expressa* per benignam interpretationem *contineat tacite substitutionem vulgarem*, et *substitutio vulgaris expressa tacite comprehendat substitutionem pupillarem b*). Quare *pupillariter substitutus*, si pupillus ante patrem decessit, *tamquam vulgariter substitutus succedit ipsi substituenti c*) eiusque bona accipit, non bona pupilli, nisi quatenus pupilli bona iam sub hereditate substituentis continentur. 4) *Substitutus excludit legitimos heredes*, adeoque et matrem *d*).

a) L. 10. §. 5. D. *de v. et p. s. Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obuenerint. Neque enim suis bonis testator substituit sed impuberis: cum et exheredato quis substituero possit.* Pessime inde H. Becker Diss. *de pupillari substitutione intuitu bonorum aduentitiorum nulla*, Rost. 1747. *et de* Behmer Obs. *circa substitutionem pupillarem bodie non vltra bona a substituente profecta procedentem.*

b) L. 4. D. *de v. et p. subst. Iam hoc iure vtimur ex D. Marci et Veri Constitutione, vt cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in vtrumque casum substituisse intelligatur: siue filius beres non exstiterit siue exstiterit et impubes decesserit.* add. L. 4. C. *de imp. et al. subst.*

c) pr. I. *de pup. subst. Quo casu si quidem non extiterit beres filius, tunc substitutus patri fit heres, si vero extiterit*

titerit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio sit heres substitutus.

d) C. M. *de* BORNY Diss. *de concursu matris et filio substituti extranei ad L. vlt. C. de institut.* Arg. 1715. F. P. B. *a* FRVNDECK Diss. *an substitutus pupillaris matrem excludet?* Argent. 1750. P. I. HEISLER Diss. *de pupilli excludente,* Hal. 1750. rec. 1765.

§. DLXXI.

Quando pupillaris substitutio exspiret.

Pupillaris substitutio exspirat et corruit 1) *si pupillus ante mortem substituentis decedit*, quo in casu substituti pupillaris solum tamquam substitutio vulgaris effectus habere potest (§. *praec.*). 2) *Si pupillus impubertatem egressus est a*) neque adeo pater *vltra impubertatis annos b*), aliter quam fideicommissarie substituere potest licet in *breuius tempus* non solum admittatur, sed etiam *ea euanescat* 3) *si testamentum et heredis institutio paterna corruit d*), quoniam substitutio pupillaris pars et sequela est testamenti paterni, et vbi nulla heredis institutio prima, ibi et nulla substitutio admitti potest (§. 562.). Ea quoque ratio efficit, *vt in testamento* propter querelam *inofficiosi rescisso nullam substitutionem directam subsistere posse* credamus, licet iure nouiori legata et fideicommissa in testamento inofficioso constituta, subsistant *e*). Ceterum quotidiana praxis testatur, pupillarem substitutionem in Germania in viridi obseruantia esse *f*), neque adeo audiendi sunt, qui contrarium nobis persuadere conantur.

a) §. 8. *I. de pup. subst. Masculo igitur, vsque ad quatuordecim annos substitui potest, feminae vsque ad duodecim annos, et si hoc tempus excesserint substitutio euanescit.*

b) §.

b) §. 9. *I. eod. Extraneo vero vel filio puberi heredi instituto, ita substituere nemo potest, vt si heres extiterit, et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres: sed hoc solum permissum est vt eum per fideicommissum testator obliget, alii hereditatem eius vel totam, vel pro parte restituere. L.* 14. *D. de v. et p sub. In pupillari substitutione licet longini tempus comprehensum fuerit, tamen finietur substitutio pubertate.* G. G. RITTER Diss. *de subst. pupillari vltra pubertatis annos facta*, Alt. 1693.

c) *L.* 21. *D. eod. Si ita quis substituerit: si filius meus inter decimum annum decesserit, Seius heres esto: deinde hic ante quartum decimum, post decimum decesserit: magis est, vt non possit bonorum possessionem substitutus petere, non enim videtur in hunc casum substitutus.*

d) *L.* 10. §. 4. *D. eod. Si ex asse heres institutus, filio exheredato substitutus repudiauerit, patris hereditatem, cum non haberet substitutum: non poterit filii adire. Nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas. Nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum, vt ex eo adiri hereditas possit. L* 2. §. 1. *eod. Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere, ceterum soli filio non poterit, nisi forte miles sit. Adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet: vt, nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum euanescat. Plane si omissa causa principalis testamenti, ab intestato possidentur hereditas: dicendum est, et pupillo substitutum seruandum.* §. 3. *Ego, etiamsi minor viginti quinque annis adeundae hereditatis causa fuerit restitutus, puto proficere secundis tabulis, vt praetor vtiles actiones decernat substituto,* add. *L.* 8. §. 5. *D. de inoff. test.*

e) Nam ex testamento inofficioso secundum. *Nou.* 115. *c.* 3. *et* 4. quasi codicilli ab intestato fiunt.

f) I. G. GOEBEL Diss. *de substitutione pupillari in Germania non exclusa*, Helmst. 1740.

d) De *substitutione quasi pupillari.*

§. DLXXII.

Ad exemplum pupillaris hactenus descriptae substi-

substitutionis, etiam alia inualuit, *quae mutis, surdis, furiosis, mente captis*, testandi quippe facultate destitutis (§. 515. *not. a*), *a patre* fiebat singulari Principum indulgentia in quouis casu specialiter interponenda *a*), vnde *quasi pupillaris b*) et *exemplaris* nominatur. Sed Iustinianus *c*), eam *ad modum ordinarium* reduxit, tamque *patri* quam *matri* ius quasi pupillariter substituendi dedit, quapropter etiam *Iustinianae* audit.

a) *L.* 43. *pr. D. de vulg. et pup. subst.*

b) S. F. Willenberg Diss. *de substitutione exemplari*, Gedan. 1721. (in Ei *Diss. Sabbath p. II. n.* 28.). W. C. Hoffmann Diss. *de substitutione mente capti*, Lugdß 1695. A. Bastide Diss. *de substitutione Iustinianea ad L.* 9. *C. de imp et al. subst.* Trai. 1737. Meum opusc *vicissitudines substitutionis exemplaris eiusque veram indolem continens*, Hal. 1775.

c) *L.* 9. *C. de imp. et al. subst. Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, vt si filium vel nepotem vel pronepotem cuiuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius, vel filia, nepos, vel neptis, pronepos, vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus eorum sapiat, liceat hisdem parentibus legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint, his substituere, vt occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris nulla querela contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, vt si postea (resipuerit vel) resipuerint, talis substitutio cesset. Vel si filia aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti qui vel quae testatur, alios quam ex eo descendentes vnum vel certos, vel omnes substituere Sin vera etiam liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his personis quae mente captae sunt, nullus descendat ad fratres eorum vnum vel certos vel omnes eandem fieri substitutionem oportet,* add. §. 1. *I. de pup. subst.*

§. DLXXIII.

§. DLXXIII.

De forma substitutionis exemplaris externa.

Generaliter de hac substitutione ea omnia valent, quae de substitutione pupillari diximus (§. 568.) quatenus nempe peculiaris eius indoles, a Iustiniano determinata, id patitur. Quare repetenda etiam sunt, *quae de forma vnius tantum testamenti, de substitutione in testamento publico* et *priuato, solemni et minus solemni et priuilegiato parentum inter liberas, de substitutione in codicillis facienda*, vt et *de praeponenda heredis iustitutione prima* ibi dicta sunt. Ea tantum differentia, qua sese distinguit a pupillari, hoc loco praesertim notari meretur, quod *ius quasi pupillariter substituendi vtrique parenti si commune*, neque pater *a*) prae matre lege non distinguente, vlla gaudeat praerogatiua.

a) Quae fuit opinio Strvvii *exerc.* 33. Th. 35.

§. DLXXIV.

De forma huius substitutionis interna.

Parentes 1) quasi pupillariter solum substituere possunt *liberis furiosis, mente captis, dementibus*, non autem *prodigis* aliisque *intestabilibus*, licet sint multi, qui ob conuenientiam rationis Iustiniani sanctionem extendant, neque 2) his liberis furiosis et mente captis substituere possunt, *si dilucida habent interualla*, quoniam hi testamenta adhuc condere possunt, indeque inciuile esset testamenti factionem habili adimere, 3) parentes autem substituere possunt *tam institutis quam exheredatis*, scilicet exheredatis propter causam ante furorem adeptum datam *a*). Quare enim furor subsequens

fequens caufam exheredationis tollere debeat, la adeft ratio; et licet Iuftinianus dixerit: *leg na portione ei vel eis relicta*, id tamen magis n-*ciatiue* qûam *difpofitiue* fumi debet; quo i ex-heredationis cafu tamen vlterioribus defcenden us legitima filio primi gradus debita, relinquend ft. 4) Liberis his furiofis *fubftituere parentes d nt eorum defcendentes*, fi quos habent, *legitimos*, et quidem aut *vnum* aut *plures* aut *omnes*. Si on omnes' fubftituunt, *reliquis legitimam relinq re non tenentur b*), quoniam nulla querela co tra tale teftamentum ad exemplum fubftitutionis pu pil-laris admittenda eft, et quoniam non eft teftan en-tum ipfius furiofi furiofaeue parentis, fed au et auiae. Sed quamuis non folum legitimam lib eris furiofi relinquere non debeant, fed etiam i los praeterire poffint nullum tamen dubium eft, *quin auus nepotes male de patre furiofo meritos exheredare poffit*, quoniam parentes nomine filii (attamen iure proprio legibus fibi indulto) teftamentum faciunt. Interim *portionem ftatutariam c*) coniugi faluam effe debere, non eft quod moneamus. 5) Si furiofus nullos habeat defcendentes, *vnum* vel *certos* vel *omnes ex fratribus* et *fororibus fubftituere debent* parentes fubftituentes. Et quum lex inter fratres ipfos nullum fecerit difcrimen, *etiam vitricus priuignos d*) *fuo filio fubftituere debet*; reliquis autem praeteritis fratribus et fororibus nulla legitima eft relinquenda, quoniam non de hereditate fubftituentis fed de hereditate filii et refpectiue fratris difponitur (§. 570. *not. a*). Eatenus igitur, quatenus fubftituentes liberos aut fratres furiofi fubftituere tenentur, *fubftitutio* haec *neceffariam* continent *heredis inftitutionem*, adeoque nonomnis fubftitutio voluntaria eft. 6) *Non* autem *pater matrem nec mater patrem ante fratres*

tres ſubſtituere tenetur, neque adeo *ad fratrum et ſororum liberos primi gradus extendenda eſt neceſſaria haec ſubſtitutio,* quoniam in conſtituendo ordine perſonarum ſubſtituendarum ad modum ſucceſſionis ab inteſtato non reſpexit *e*) Imperator. *Neque mater* aut *pater in caſu praeteritionis legitimam exigere valent* (§. 569.).

a) P. Tovllıev Diſſ. *an filio exheredato poſſit exemplariter ſubſtitui* (Ei. Collect. n. 14.).

b) Contrarium hac in re inter alios defendit A. L. Seip Diſſ. *de ſubſtitutione exemplari quoad deſcendentes mente capti non conditionali*, Goett. 1749.

c) C. C. Roemer (Praef. S. I. Kapf) *de coniuge per exemplarem ſubſtitutionem a legitima non excluſo*, Tüb. 1776.

d) Negarunt id *de* Canngiesser *Collect. decis. ſupr. trib. Haſſocaſſ. Tom.* 1. *p.* 78. et Schott in recenſione *opuſculi noſtri* in Unp. Crit. 7. Th. S. 271. Noſtrae ſententiae defenſionem deinde ſuſcepit I. S. Grvber, Comm. *de ſubſt. exemplari fratrum atque ſororum*, Norimb. 1782.

e) Lvdovici *Doctr. Pand. Lib.* 28. *Tit.* 6. §. 14. dum hoc defendit prouocat ad *L.* 11. *C. commun. ſucceſſ.* quum tamen *cit. L.* recentior noſtra L. 9. *C. cit.* et ſequenti demum anno lata ſit.

§. DLXXV.

De effectibus huius ſubſtitutionis.

Quaſi pupillariter ſubſtitutus qua talis *fit heres ipſius furioſi* et *mente capti*, eiusque omnia bona accipit. Quoad *bona ſubſtituentis*, ea exemplariter ſubſtitutus qua talis non adquirit, niſi aut qua vulgariter ſubſtitutus, quum et in exemplari ſubſtitutione expreſſa tacite contineatur ſubſtitutio vulgaris, et vice verſa (§. 570.), aut quatenus furio-

ſus

ſus heres factus eſt ipſius ſubſtituentis. In ea quaeſtione, *vtrum exemplariter ſubſtitutus etiam hereditatem ſubſtituentis adquirere debeat,* aut *repudiata hereditate ſubſtituentis, furioſo adhuc qua exemplariter ſubſtitutus, fieri poſſit heres,* ſecundum ius antiquius diſtinguendum eſſet, vtrum ſubſtitutus tamquam coheres furioſi ſit ſimul inſtitutus, nec ne. Priori in caſu *neceſſario quoque heres ſubſtituentis fieri debebat a*), poſteriori vero *ſubſtituentis hereditatem repudiare b*), *et nihilominus emolumenta ex ſubſtitutione capere poterat,* cuius ratio erat, ne ſubſtitutus hereditatem ſubſtituentis, aere alieno exhauſtam, adquirere deberet. Sed quum introducto beneficio inuentarii haec ratio ceſſet, dicendum quoque *iure hodierno* videtur; *ſubſtitutum, etiam ſaluo beneficio inuentarii ſubſtituentis hereditatem adquirere debere.* Si *vterque parens ſimul ſubſtituit, omnes quotquot ſubſtituti ſunt tamquam coheredes et quaſi in vno teſtamento ſubſtituti ſint* conſiderari debent *c*).

a) *L.* 10. §. 2. *D. de vulg. et pup. ſubſt. L.* 20. *C. de iure delib.* Vbi Imperator ait: *placuit — nobis ſiue in inſtitutione, ſiue in pupillari ſubſtitutione, vt vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, et neceſſitas imponatur heredi particulari facto, vel aliam, vel alias partes hereditatis admittere, vel etiam ſubſtitutionem pupillarem.* —

b) *L.* 42. *D. adq. vel om. hered.* (VLP.) *Iulianus Lib.* 26. *Dig. ſcripſit, ſi pupillus paterna hereditate ſe abſtinuiſſet, deinde ei aliquis heres extitiſſet, non eſſe eum compellendum creditoribus paternis reſpondere, niſi ſubſtitutus ei fuit: inclinat enim in hoc, vt putet ſubſtitutum etiam patris onera ſubiturum. Quae ſententia a Marcello recte notata eſt; impugnat enim vtilitatem pupilli, qui ipſe ſaltem poteſt habere ſucceſſionem: metu enim onerum patris, timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. Alioquin, inquit, et ſi frater fuit omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato poſſidebit hereditatem, et quidem impune: nec enim videtur voluiſſe frau*

dare

dare Edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur.

c) Alii autem plerumque substitutum a patre accipere paterna, et substitutum a matre praecipere bona materna, reliqua vero inter vtrumque esse aequa lance diuidenda putant. Sed quum de hac re nihil in legibus inueniatur, ad exemplum substitutionis pupillaris res aestimanda erit, vbi pater etiam quoad materna bona substituit, adeoque quum in hac substitutione, parentum ius aequale sit, aequale etiam ius esse debet substituti a patre aut matre vocati. Accedit quod haec substitutio non fideicommissaria sed in totum directa sit, i. e. quod exempliariter substitutus ad hereditatem furiosi, non substituentis, vocetur.

§. DLXXVI.

Quando substitutio exemplaris exspiret.

Substitutio haec effectibus suis destituitur 1) si tempus elapsum est, ad quod substitutio facta est exemplariter, 2) si furiosus aut mente captus ante substituentem decessit, quoniam exemplaris substitutio qua talis hereditatem furiosi praeponit, si autem furiosus ante substituentem decedit, hereditas furiosi non amplius adest. 3) Si furiosus ante mortem suam ad sanam rediit mentem *a*). Dubitatione quidem caret, hanc substitutionem euanescere, si in sana mente decedit, sin vero per aliquod tempus tantum resipuerit, et postea iterum in furorem reciderit, in quo etiam moritur, substitutionem locum habere putamus, si testamentum durante sana mente non fecerit *b*). 4) Si testamentum substituentis corruit, adeoque et si in testamento tamquam inofficioso heredis institutio directa corruit (§. 425.). Neque substitutionem hanc sustinere potest clausula codicillaris adiecta, quippe quae tantum testamentum in codicillos conuertat.

a) *L*

a) *L. 43. D. de v. et p. subst. Nam et si furioso filio substituisset, diceremus desinere valere testamentum, quum resipuisset, quia iam posset sibi testamentum facere. Etenim iniquum incipit fieri beneficium, si adhuc id valere dicamus: auferret enim testamenti factionem homini sanae mentis*

b) Alii autem simulac furorem deposuerit furiosus, ipso iure euanescere putant substitutionem quasi pupillarem.

DISTINCTIO IV.

De testamentis inualidis.

§. DLXXVII.

Species testamentorum inualidorum.

Si heres in testamento quodam institutus heres non fit et non fieri potest, *testamentum* dicitur *inualidum a*), quod

1) vel ab initio inualidum fuit — *nullum in gen.*

 a) *iniustum b*)

 b) *nullum in sp.* §. seq.

2) vel ex post facto — *infirmatum.*

 a) ipsa iure infirmatum

  1) *distitutum* quoniam heres non vult aut antea mortuus est §. 581.

  2) *irritum* quoniam testator deinde inhabilis factus est §. 580.

  3) *ruptum* propter mutatam voluntatem testat.

a)

a) *necessarie* ruptum §. 583.

b) *voluntarie* ruptum

α) tacite §. 584.

β) expresse ruptum s. reuocatum

1) nude reuocatum §. 586.

2) cum testament. recept. §. 585.

b) *rescissum*, per sententiam demum iudicis §. 587.

a) C. MANZIVS Tr. *de testamento valido et inualido*, August. 1661. Vlm. 1726. G. C. BASTINELLER Pr. *de dubiis circa testamentorum integritatem validitatemque quaestionibus*, Viteb. 1732. a LEYSER Spec. 359.

b) L. 1. D. *de iniust. Testamentum autem non iure factum dicitur, vbi solemnia iuris defuerunt: aut nullius esse momenti, cum filius qui fuit in patris potestate praeteritus est: aut rumpitur alio testamento ex quo heres existere potest, vel adgnatione sui heredis; aut in irritum constituitur non adita hereditate.*

§. DLXXVIII.

a) De testamento ab initio inualido.

Testamentum ab initio inualidum vel ideo inualidum est, quoniam testator solemnitates externas neglexit, vel alia ex ratione. Priori in casu nominatur *iniustum a)*, i. e. non iure factum. Et hoc obuenit, tam si testator solemnitates ordinarias et regulam constituentes, quam etiam si testator in priuilegiato testamento eas solemnitates neglexit, quae remissae non sunt. Posteriori vero in casu est *testamentum nullum in specie*, illudque adest 1) *propter inhabilitatem heredis directe instituti* (§. 519), 2) *propter inhabilitatem testatoris tempore testamenti conditi*, licet deinceps et tempore mortis

mortis teſtabilis fuerit, 3) *propter praeteritionem aut exheredationem neceſſarium heredum non rite factam* (§. 553.). Quare ſi furioſus, mente captus, prodigus etc. teſtatus eſt, Iure ciuili haec omnia teſtamenta nulla ſunt.

a) I. G. Schertz Diſſ. *de teſtamento vel per ſe iniuſto vel reſciſſo*, Arg. 1720. I. I. Schertz Diſſ. *de teſtamento nullo*, Arg 1730. C. G. Haubold (Praeſ. G. de Winckler) Diſſ. *de differentia inter teſtamentum nullum et inofficioſum*, P. 1. Lipſ. 1784.

§. DLXXIX.

De effectibus teſtamenti iniuſti et nulli.

Teſtamenta *iniuſta* et teſtamenta *nulla in duabus prioribus ſpeciebus* (§. *praec.*) *in totum corruunt*, i. e. non ſolum heredis inſtitutio directa ſed etiam cetera capitula teſtamenti omnia ſimul deficiunt. Neque teſtamentum ab initio nullum *reconualeſcit a*), licet defectus ſolemnitatis externae et defectus habilitatis heredis et teſtatoris ſuppleatur. Nec etiam reconualeſcit *b*), licet *heredes ab inteſtato illud deinde agnouerint*, neque heres inſtitutus proprie propter teſtamentum hereditatem capit, ſed propter *conuentionem*, ſi qua adeſt. Attamen ſi ſemel legata adgnita ſint, praeſtanda ſunt *c*). *Clauſula codicillaris* 1) in *teſtamento iniuſto* habet effectum generalem (§. 506.), 2) in *teſtamento propter inhabilitatem heredis nullo* non quidem operatur, vt hereditas tamquam fideicommiſſaria huic heredi inhabili reſtituenda ſit, quoniam qui directe heres inſtitui nequit, nec fideicommiſſarie hereditatem accipere poteſt, attamen legata cetera praeſtari debent habilibus, 3) in *teſtamento propter inhabilitatem teſtatoris nullo* nihil operatur, quoniam qui teſtari nequit, nec codicillos

dicillos validos relinquit (§. 510.); 4) in testamento denique propter *non rite factam praeteritionem*, aut *exheredationem nullo*, ipso iure quidem subsistunt *d*) legata et fideicommissa, et tantum corruit heredis institutio directa, attamen ea operatur, vt heres legitimus detracta legitima et trebell. hereditatem heredi scripto restituere debeat.

a) *L.* 201. *D. de R. I. Omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statim euentus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint L.* 8. 19. *D. qui test. fac.*

b) A. P. Frick Diss. *de testam. nullo insecuta heredum ab intest. adprobatione nunquam in formam testam. validi reconualescente*, Helmst. 1761.

c) *L.* 16. §. 1. *C. de testam. Illud etiam adiiciendum est, vt, qui ex testamento vel ab intestato heres extiterit: etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa seu libertates legibus non sit subnixa, tamen, si sua sponte agnouerit, implendi eam necessitatem habeat.*

d) *Nov.* 115. *c.* 3. *in fin. Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis* (vbi scilicet parentes memoratas causas exheredandi in testamento suo non inseruerint, et scripti heredes nominatus causas veras esse non monstrauerint) *quaedam legata vel fideicommissa aut libertates aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia iubemus adimpleri, et dari illis quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.* add. c. 4. Sunt tamen qui in tali testamento nullo omnia secundum ius antiquius corruere statuant, quod tamen ipsis verbis citatis repugnare videtur. Strub. Th. 1. Bed. 87. E. d. G. E. n. 43.

§. DLXXX.

b) *De testamento irrito.*

Testamentum irritum a) propterea ipso iure infirmatur, quod testutor statum ciuilem amiserit,

 quid

qui ad testamentifactionem requiritur (§. 577.). Quare si post testamentum conditum testator aut *maximam, mediam, aut minimam capitis deminutionem* passus est, testamentum fit irritum *b*). Quod si autem testator propter aliam rationem, quam propter status mutationem testamentifactionem non habeat, id *testamento iam facto* non officit, sed solum *testamento faciendo c*). Cessante apud nos capitis deminutione maxima et media, etiam *hodie* solum irritum fieri potest testamentum, *si testator post testamentum conditum* aut per adrogationem aut per legitimationem filiusfamilias fit. Atque hunc defectum *clausula codicillaris* emendare nequit, quoniam is etiam codicillos solum facere potest, qui testamentum condere valet (§. 510.) not. b). Si testator ante mortem suam iterum paterfamilias fit, non iure ciuili bene autem iure praetorio sustinetur (§. 596.).

a) G. Stock Diss. *de iniusto rupte et irrito facto testam.* Arg. 1717.

b) §. 5. *I. quib. mod. test. infirm. Alio autem modo testamenta iure facta infirmantur: veluti cum is, qui facit testamentum, capite deminutus sit.*

c) L. 6. D. *qui test. fac. poss. Sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilominus permanet testamentum.*

§. DLXXXI.

c) *De testamento destituto.*

Testamentum destitutum a) est testamentum propterea inualidum, quod heres scriptus hereditatem non adquirat, aut quoniam non vult, aut quoniam non potest, in eoque testamento iterum *omnia cetera capitula corruunt.* Quum vero ita facile heredes scripti, qui simul ius succedendi

succedendi ab intestato habent, aut etiam in fauorem heredum ab intestato sed in praeiudicium legatariorum testamenta destituere possint, si hereditatem testamentariam adire recusarent, tam iure Praetorio *b*) quam iure Iustinianeo *c*) constitutum est, *vt testamentum, si heres in fraudem legatariorum et fideicommissariorum hereditatem repudiaret, non amplius fieret destitutum.* Et quidem sequenti ratione in testamento destituto distinguendum est; vel enim heres scriptus in fraudem legatariorum et fideicommissariorum hereditatem sibi delatam recusat, vel non. Posteriori in casu *testamentum etiam hodie propter casum noluntatis destituitur*, et hoc in capite ius antiquum non sustulit Iustinianus.

a) W. A. Lauterbach Diss. *de testam. destituto*, Tubing. 1670. (in Ei. Diss. Tubing. T. III. n. 132). C. F. Zepernick Diss I. *de testam. destitusi viribus*, Hal. 1773. Diss. II. 1774.

b) L. 1. D. *si quis omiss. causs. test. Praetor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati occurrit, qui omissa caussa testamenti ab intestato hereditatem partemue possident ad hoc, vt eos circumueniant quibus quid ex iudicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas et in eos actionem pollicetur.*

c) *Nou.* 1. c. 1.

§. DLXXXII.

Priori vero in casu *testamentum per repudiationem heredis scripti non destituitur*, sed testamentum intuitu legatorum, et fideicommissorum sustinetur, et intuitu eius partis, quem heres institutus accepisset, vlerius distinguendum est, vel testator heredes necessarios i. e. quibus legitima debetur, reliquit, vel non. Si prius, *heredes necessarii instituti et hereditatem ex testamento repudiantes legitimam* quidem tanquam heredes ab intestato reti-

nent, *reliqua vero hereditas ad eos pertinebit, quos in membro ſequenti enumerabimus:* Heredes vero *neceſſarii rite* et *vere exheredati* non obſtante repudiatione heredis ſcripti *ab hereditate arcentur*, ſalua manente ipſa exheredatione *a*). Sin poſterius *hereditatem directam accipiunt* 1) *ſubſtitutus*, ſi quis adeſt, et hereditatem adquirere vult et poteſt, praeſtita tamen cautione. 2) Quo deficiente hereditas defertur *coheredi*, illeque admittitur, ſed aeque praeſtita cautione. 3) His deficientibus hereditas adiri poteſt a *fideicommiſſario vniuerſali*, et pluribus exiſtentibus is praefertur, *cui maior pars relicta eſt*, 4) et hoc etiam nolente *legatarius* et quidem inter plures is, *cui maior ſumma legata eſt*, 5) deinde *ſerui libertate donati* 6) deinceps *heredes ab inteſtato*, 7) *quiuis extraneus*, 8) *fiſcus* vocatur et hereditatem adquirere poteſt, ſed in omnibus his caſibus cautio praeſtari debet a vocatis heredibus, ſe voluntatem defuncti adimpleturos eſſe. Ceterum *clauſula codicillaris* in hoc teſtamento omnino operatur, *vt herede ſcripto repudiante et nolente ſtatim hereditas directa* ante ipſo fideicommiſſarios et legatarios *heredibus ab inteſtato deferatur*, qui teſtamentum tamquam codicillos ab inteſtato adimplere debent *b*).

a) *Nou.* 1. *c.* 1. *Exheredatos autem liberos* (*ſi iuſte a patre excluſi ſint, et nihil ex patris habeant voluntate*) *non vocamur, neque reſpicimus, licet decies millies velint. Vna eſt enim legis intentio: vt quae diſpoſita ſunt a morientibus, impleantur. Eum enim qui ab ipſo teſtatore propria ſubſtantia pulſus eſt, quomodo erit iuſtum vocare ad res, quarum eum ille per exheredationem factam in eum expreſſim fieri participem noluit?* Quibus igitur verbis Imperator ſuſtulit effata *Tryphonini* in *L.* 20. *D de b. p. contr. tab.* qui ait: *Sed cum exheredatio non adita hereditate ex teſtamento nullius ſit momenti, ideoque non obſtare eam, nec quo minus contra tabb. libertorum patris accipiat bonorum*

bonorum poſſeſſionem, Iulianus recte reſpondit, ne teſtamentum per omnia irritum, ad notam exheredationis ſolam profeciſſe videatur.

b) C. W. Küstner Diſſ. *de legatis ex teſtamento, cui clauſula codicillaris ineſt, deſtituto non praeſtandis*, Lipſ. 1746. T. Seger Diſſ. *de vi et facultate clauſulae codicillaris teſtamento deſtituto*, Lipſ. 1767.

§. DLXXXIII.

d) *De teſtamento rupto et quidem neceſſarie rupto.*

Teſtamentum ***ruptum*** eſt teſtamentum ipſo iure infirmatum propter mutatam voluntatem teſtatoris. (§. 577.). Et hoc contingit, vel propter adgnationem poſthumi indeque praeſumtam teſtatoris voluntatem vel propter mutationem voluntatis teſtatoris voluntariam. Priori in caſu ***teſtamentum neceſſarie ruptum***, poſteriori vero ***voluntarie ruptum*** dici poteſt. Quotiescunque igitur ***poſt teſtamentum conditum*** aut ***naturali modo poſt mortem teſtatoris aliquis naſcitur***, aut ***per legitimationem, adoptionem***, aut ***ſucceſſionem in locum alius heredis ſui aliquis ius ſui heredis conſequitur*** (§. 540.) toties teſtamentum ***rumpitur***, et rupto teſtamento *omnia reliqua capitula ſimul corruunta a*). Exheredatio poſthumi veri quidem noſtra ex ſententia non procedit, bene vero poſthumi vel quaſi propter iuſtam cauſam (§. 549.) exheredari poſſunt, adeoque ſi *verus poſthumus* eſt exheredatus teſtamentum non tam nullum, quam potius ruptum efficitur, quoniam Iuſtinianus ius antiquum non mutauit, et *Nou.* 115. *c.* 3. ſolum loquitur de praeteritione et exheredatione liberorum *iam natorum* et *ante omnes iure ſui heredis gaudentium.* Si autem *quaſi poſthumus* rite exheredatus eſt, ſolam querelam inoſficioſi inſtituere poteſt. *Clauſula codicil-*

codicillaris testamentum in codicillos ab intestato conuertit, eumque habet effectum, *vt posthumus rogatus censeatur*, *vt hereditatem* detracta legitima et trebellianica *heredi scripto restituat* et legata praestet *b*).

a) *L.* 1. *C. de posth. hered. instit.* — *cum agnatione posthumi vel posthumae cuius non meminit, testamentum ruptum fit. Ex rupto autem testamento nihil debere, neque peti posse explorati iuris est.* Aliter E. d. G. E. n. 83.

b) S. C. Iester Diss. *vtrum ex testamento rupto legata debeantur*, Regiom. 1754. I. A. Hellfeld Diss. *de effectu claus. codic. testamento quod rumpitur*, *adiectae*, Ien. 1759.

§. DLXXXIV.

e) *De testamento voluntarie et quidem tacite rupto.*

Testamentum vltima voluntas nuda est, adeoque ad mortem vsque disponentis reuocabilis (§. 423. *not. a.*). Reuocatio haec aut *tacita* aut *expressa* esse potest. Prior requirit talia facta, quibus animus sufficienter colligitur, testatorem testamentum tollere voluisse, idque fit per *dilacerationem*, *cancellationem*, *auulsionem sigillorum*, *incisionem* et *nominis heredis deletionem a*). Quod si testamentum in *custodia ipsius testatoris* fuit, et tali modo cancellatum etc. inuenitur, praesumitur, id factum esse cum defuncti voluntate, sin vero in *custodia tertii* deprehenditur, probandum est, vitium externum ex voluntate defuncti profectum esse, quum testamenti corruptio a tertio facta, aut si animus corrumpendi testatori non fuit, validitati testamenti non obstet, quatenus adhuc legi et in essentialibus intelligi potest. Neque enim *delatio nominis vnius heredis b*) reliquis coheredibus impedimento est. Si scriptura super testamento nuncupatiuo confecta solum lacerata est, testamentum ipsum nuncu-

nuncupatiuum reuocatum haberi nequit, quoniam de mente ipsa non certe et satis constat, adeoque alia adhuc accedere debent adminicula. Idem valet si ex duobus exemplis vnum tantum cancellauit. *Testamentum* quoque *iudici oblatum* tacite reuocatur, *si a iudicii loco repetitum est et in priuata custodia testatoris inuenitur*, quoniam nec tamquam publicum nec tamquam priuatum valere potest *c*).

a) *L.* 1. *D. de his quae in testam. del. Quae in testamento legi possunt, ea inconsulto deleta et inducta, nihilominus valent: consulto, non valent. Id vero quod non iussu domini scriptum inductum deletumue est, pro nihilo est. — Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, siue legi possunt, siue non possunt, quoniam si totum testamentum non exstet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius inuito testatore, non denegabuntur.*

b) *L.* 2. *eod. Cancellauerat quis testamentum vel induxerat, etsi propter vnum heredem facere dixerat, id postea testamentum signatum est. Quaerebatur de viribus testamenti, deque portione eius propter quem se cancellasse dixerat? Dicebam, si quidem vnius ex heredibus nomen induxerit, sine dubio ceteram partem testamenti valere, et ipsi soli denegari actiones, sed legata ab eo nominatim relicta debebuntur, si voluntas ea fuit testantis, vt tantum heredis institutio improbetur. — Quod si putauerit totum testamentum delendum ob vnius malum meritum, omnibus denegantur actiones. Sed an legatariis denegari actio debeat, quaestio est: in ambiguo tamen interpretandum erit, et legata deberi, et coheredum institutionem non esse infirmandum.*

c) R. C. HENNE Diss. *de testam. publica per repetitionem ab actis vel scriniis principis rupto*, Erf. 1767. de CRAMER Ob dazu daß ein Testament, so *ad acta deponiert* aber wieder zurückgenommen worden, *pro reuocato* gehalten werde erforderlich, daß es vom *Testatore* in Person und nicht nur *per procuratorem* zurückgenommen worden. (Ei. W. Nebenst. P. 95. p. 93. I. D. LVGENHEIM Diss. *de testamento per repetit. ab actis infirmato*, Alt. 1771. Meditt. 1. B. n. 1. „Ein gerichtl. Testam. wird dadurch nicht ungültig wenn es der Testirer aus dem Gericht zurücknimmt."

§. DLXXXV.

§. DLXXXV.

f) De testam. voluntarie expresse qualificate rupto.

Testamentum voluntarie expresse ruptum vel fieri potest per testamentum posterius confectum, vel absque nouo testamento facto. Priori in casu *testamentum qualificate ruptum*, posteriori vero *nude reuocatum* dici potest. Ad prius requiritur, vt testamentum posterius legitime sit confectum, adeoque vt testamentum recentius aut secundum ordinariam aut secundum priuilegiatam formam factum sit. Posterioris momenti intuitu *testamentum posterius priuilegiatum quo heredes ab intestato instituti sunt, prius solemne, in quo heredes ab intestato praeteriti sunt, rumpit* (§. 489.). Testamentum etiam *priuilegiatum parentum inter solos liberos* tollit testamentum eorundem solemne *a*). Testamentum vero *imperfectum*, seu aut quoad formam externam aut quoad formam internam inualidum, prius legitime factum non rumpit *b*), quamuis caeteroquin *testamentum recentius ipso iure tollat prius*, neque adeo opus sit, vt testator prius testamentum expresse reuocauerit, *nemoque paganus cum duobus testamentis simul validis iure ciuili decedere possit c*). Si enim testator plura reliquit testamenta, vel dixit expresse, vtrumque testamentum valere debere, vel non. Priori in casu *heres in posteriori testamento scriptus heres directus sit atque rogatus censetur, vt hereditatem tamquam fideicommissum* detracta trebell. *illi restituat, qui in priori testamento scriptus est d*). Posteriori vero in casu, vel constat, quodnam testamentum prius et recentius sit, vel non. Illo in casu *testamentum posterius rumpit prius*, hoc autem *vtrumque est inualidum* iure ciuili, iure autem Praetorio vtrumque sustinetur (§. 596.). Quamuis imperfectum non tollat prius

per-

perfectum, tamen *perfectum posterius rumpit semper prius, licet posterius deinde destituatur c).*

c) Contrarium defendit I. P. HEISLER Diss. *an et quatenus testam. parentum inter liberos aliud testam. anterius rumpat.* Hal. 1779.

b) §. 7. *I. quib. mod. test. inf. Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id uoluerit valere: vsque adeo, vt et si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit: et aut moralitate praeuentus, aut quia eum eius rei poenituit, id non perfecerit: diui Pertinacis oratione cautum sit: ne alias tabulae priores iure factae irritae fiant, nisi sequentes iure ordinatae et perfectae fuerint, nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.* I. G. ALTNER Diss. *de testamento posteriore imperfecto prius perfectum infirmante,* Erf. 1723. P. F. ANKELMANN Diss. *de herede ab intestato per consensum in testamentum imperfectum bona sua non alienante,* Goett. 1758. C. H. BREVNING Pr. *ad orat. Pertinacis in* §. 7. *I. quib. mod. test. inf.* Lips. 1750. rec. 1755. A. F. SCHOTT Diss. *ad orat. Pertinacis de testamento posteriore imperfecto prius perfectum non infirmante, in* §. 7. *I. q. m. t. inf.* Lips. 1765. (Ei. *opusc.* p. 41.).

c) *L.* 19. *D de test. milit. — Militi licet plura testamenta facere. L.* 51. *pr. D. de adq. vel om. hered. Eum, qui duobus testamentis eiusdem testatoris heres scribitur, cum dubitet num posterius falsum sit, ex neutro posse adire hereditatem placet.* — P. WASMVTH Diss. *de duobus testamentis simul repertis sed sine die et consule factis,* Ling.

d) §. 3. *I. quib. mod. test. inf. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde iure valere ac si rerum mentio facta non esset: sed et teneri heredem scriptum, vt contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege falcidia, hereditatem restituat his, qui in priori testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus vt valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

e) §. 2. *I. eod. Posteriori quoque testamento quod iure perfectum est, superius rumpitur, nec interest, exstiterit aliquis heres*

res ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut viuo testatore aut post mortem eius antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua institutus est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore; et posterius aeque nullas habet vires, cum ex eo nemo heres exstiterit.

§. DLXXXVI.

g) De testamento nude reuocato.

Reuocatio testamenti *nuda expressa* inuoluit reuocationem absque nouo facto testamento (§. *praec.*). Iure Pandectarum eandem solemnitatem in nude reuocandis testamentis necessariam fuisse, quae in condendis ipsis adhibenda fuisset, contendunt plerique *a*), sed absque vlla ratione, potius verius videtur similiter absque omni solemnitate etiam testamenta expresse reuocata esse, sicuti in tacita reuocatione nulla vnquam opus fuit. Praeterea *testamentum decennio antiquius* ex constitutione Honorii pro reuocato putabatur, quasi per solum lapsum decennii et quasi *praescriptione extinctiua* tollatur. Sed Iustinianus hunc modum infirmandi sustulit *b*) atque constituit, *vt non solus decennii lapsus ad extinguendum testamentum sufficeret*, sed vt *praeter lapsum decennii, reuocatione coram tribus testibus opus sit*. Et quamuis communiter praeter reuocationem coram tribus testibus factam *etiam lapsum decennii requirant c*), verior tamen mens Imperatoris esse videtur: *testamenta etiamsi decennio sint antiquiora non prius pro reuocatis habenda esse, quam si etiam reuocatio coram tribus testibus facta accedat.* Quumque idem ille Honorianam constitutionem *penitus* tollere voluerit, etiam lapsus decennii superfluus, et sola reuocatio cuiuscunque testamenti coram tribus testibus sufficiens videtur *d*). Ceterum *omnia* testamen-

menta reuocationi subsunt, ideoque et *testamenta reciproca*, praecipue *coniugum e*).

a) Propter *L. 35. D. de R. I. Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissoluere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissoluitur.* Sed ex hac lege certe probari nequit etiam septem testes necessarios fuisse in reuocatione testamentorum, potius contrarium verius videtur, quoniam reuocatio tacita absque testibus fieri potuit.

b) *L. 27. C. de testam. Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum, et post eius confectionem decennium profluxerit, siquidem nulla innouatio, vel contraria voluntas (testatoris) adparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? Quemadmodum enim, qui testamentum fecit, et nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? Sin autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur, siquidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur testamentum: sin autem testator tantummodo dixerit: non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis vtendo contrariam aperuerit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestauerit, et decennium fuerit emensum, tunc irritum est testamentum, tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem euanescere nullo patimur modo; prioribus constitutionibus, quae super huiusmodi testamentis euacuandis latae fuerant, penitus antiquandis.*

c) I. A. Hannesen (Praes. Gebauer) Diss. *de testamenti accedente decennii lapsu facta reuocatione ex L. 27. C. de testam.* Goett. 1736. rec. 1753. Eiusd. Diss. II. ib. 1737. I. B. A. Loehlein Pr. *quo probatur: testamenta sola voluntate contraria, verbis solemnibus tamen declarata, facto nullo concurrente neque lapsu decennii antecedente, infirmari*, Herbip. 1754. F. L. Haspell Comm. *de lapsu decennii ad reuocationem verbalem testamenti non necessario*, Erl. 1758. *de* Cramer von der *Reuocation eines testamenti nuncupatiui*, und ob der Verlauf von 10 Jahren dazu nöthig sey. (Ei. W. Nebenst. p. 107. p. 498.) H. F. Schorch Pr. *de testam. reuocatione*, Erf. 1772.

d) Bene id ostendit Marckart *Interpret. recept. lect. Lib.*

Lib. II. c. I. Cf. PÜTTM. *Interprett.* c. 24. SCHOTT opusc. c. 80.

e) I. A. SPIES Diss. *de reuocatione testamentorum imprimis reciprocorum*, Alt. 1733. E. L. MÜLLER Diss. *de testamenti coniugum reciproci mutabilitate*, Goett. 1760. C. F. HOMMEL Pr. *mortuo vno coniuge testamentum reciprocum ex parte superstitis fit illico destitutum ac omnino inualidum*, Lips. 1764.

§. DLXXXVII.

De testamento inofficioso seu rescisso.

Testamentum inofficiosum validitatem suam demum amittit per sententiam iudicis (§. 577.). Si igitur aut descendentes aut adscendentes sub iusta caussa (§. 553.) exheredati, aut fratres praeteriti aut exheredati in casu, quo turpis persona illis praelata est, testamentum inofficiosum dicunt, neque in priori casu heres scriptus caussam expressam et legibus adgnitam probare potest, et sic testamentum tamquam inofficiosum rescinditur, *heredis institutio directa corruit*, atque adeo caussa successionis ab intestato reducitur, *sed legata et cetera capitula huius testamenti a*), quae nec heredis institutionem directam primam nec secundam (§. 562.) continent, *subsistunt* si *descendentes et adscendentes questi sunt*, si vero *fratres* obtinuerunt, etiam cetera omnia capitula simul cum ipsa heredis institutione directa corruunt. Nam quod posterius momentum adtinet, quamuis sint, qui argumentum a maiori ad minus satis speciose ducant, tamen rectius alii opponunt, *ius antiquum b*), quo testamentum inofficiosum in totum corruebat, *intuitu fratrum non esse sublatum c*). *Clausula codicillaris* expresse adiecta efficit, vt heres legitimus detracta legitima et trebell. heredi instituto hereditatem restituere debeat, qui legata praestare debet (§. 583.)

a) *Nou.*

a) *Nou.* 115. *c.* 3. *in f.* (§. 579. not. *d.*).

b) *L.* 36. *D. de legat.* 3.

c) Meditt. 2. B. S. 129. „Geschwister heben durch die *quer. inoff. test.* das ganze Testament auf.“

DISTINCT. V.

De vltima voluntate iure militari condita.

§. DLXXXVIII.

Testamentum militare a) in latiore significatu est *vltima voluntas, beneficio speciali militibus indulto, facta*, idque vel a testatore milite conditum est, postquam statum militarem acquisiuit, vel ab aliis etiam, qui proprie quidem non sunt milites, quibus vero ius hoc militum singulare in certis casibus est concessum. Priori in casu est *testamentum militare in specie* et *in proprio significatu*; posteriori vero *quasi militare* (§. 591.) dici potest. Introductum ab initio a Iulio Caesare, deinde a Tito et Domitiano, et postea a Nerua et Traiano extensum et confirmatum est *b*). Restrictum deinde priuilegium ad milites in *castris b*) degentes, et ad milites in *expeditionibus d*) versantes.

a) I. H. Berger Diss. *de iure militum circa testamenta*, Viteb. 1698. (*Vol. Diss. p.* 571.) W. G. Geibel *de testamento militis*, Marb. 1706. I. C. Treitlinger Diss *de militibus iure militari testamentibus*, Arg. 1752.

b) *L* 1. *D. de testam. mil. Militibus liberam testamentifactionem primus D. Iulius concessit. Sed ea concessio temporalis erat. Postea vero primus D. Titus dedit, post hoc Domitianus, postea D. Nerua plenissimam indulgentiam in milites contulit, eamque et Traianus secutus est, et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis: Cum in notitiam meam prolatum sit subinde testamenta a commilitonibus rela-*

relata proferri, quae possunt in controuersiam deduci, si ad diligentiam legum reuocentur et obseruantiam, secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimaui, vt quoque modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quomodo volent, faciant quomodo poterint; sufficiatque ad bonorum suorum diuisionem faciendam nuda voluntas testatoris. L. 2. eod.

c) VLP. *fragm. tit.* XXIII. 10. — *idque testamentum quod miles contra iuris regulam fecerit, ita demum valet, si vel in castris mortuus sit, vel post missionem intra annum.*

d) L. 1. C. *de testam milit.* (Imp. Alexand.). *Nam voluntas militis in expeditione occupati pro iure seruatur.* L. 15. C. *eod.* (Constant. M.) *Milites in expeditione degentes — quomodo possint ac velint testantur.* L. 17. C. *eod.* (Iustin.). *Ne quidam putarent in omni tempore licere militibus testamenta quoquo modo voluerint componere, sancimus his solis qui in expeditionibus occupati sunt, memoratum indulgeri circa vltimas voluntates conficiendas beneficium.* Quum in *pr* I. *de testam. mil.* et a THEOPHILO *Lib. II. tit. XI.* haec restrictio Iustiniano tribuatur, in prioribus locis emblema Triboniani inuenire voluerunt, sed alia ratione explicatio facienda.

§. DLXXXIX.

a) *De testamento militari in specie. Quis ita testari possit, et quando, vt et de forma eius externa.*

Testamentum militare proprie tale a *solis militibus* conditur (§. *praec.*). Statum militarem quis accipit ex eo, quod in numerum militum relatus sit *a*) et nostra aetate ex eo, quod sacramento militari obstrictus sit. Quare nec iure romano, nec iure hodierno communi, *lectus tiro*, etiamsi publicis expensis iter faciat, iure militari testari potest, iure autem Brandenburgico *b*) statum militarem quis incipit habere, si incola est, *a tempore euocationis*, si autem peregrinus, a *tempore capitulationis.*

nis. Priuilegium militis in hac re non solum formam externam (§. 485.) sed et internam respicit adeo vt solutus sit ab omnibus solemnitatibus externis et internis, et quidem ab initio siue miles in expeditionibus esset militaribus, siue in commeatu, et siue in castris siue in priuatis aedibus, denique siue missus esset, siue non, sed deinde priuilegium hoc restrictum est ad *militem in expeditionibus* seu in *castris*, (§. praec. not. *d*) sub quo milite tamen non vt vulgo fieri solet, miles solum coram hoste, et tempore belli *c*), sed etiam miles stationarius in praesidiis et statiuis intelligi debet. *Iure germanico* autem vel est testamentum publicum, vel priuatum. Priori in casu *testamentum coram iudicio speciali militari conditur* secundum praescriptam formam. Posteriori vero secundum *constitutionem Maximiliani d*), distinguendum vtrum miles in *acie* et *conflictu* testetur, nec ne. Illo in casu *miles nullam solemnitatem ordinationis obseruare tenetur*, sed sufficit *probatio veritatis*, adeoque aut sola scriptura, aut depositio testium. Hoc vero in casu, vel in *castris* constitutus est, vel in *hibernis* atque praesidiis. Si prius, *duos testes et quidem vno actu adhibere debet*, siue in scriptis, siue nuncupatiue testetur: sin posterius, *ordinariam solemnitatem obseruare debet. Iure Brandenburgico e*) militis testamentum, simulac aduersus hostem egressus est, valet absque solemnitate, modo probari possit.

a) L. 41. D. *de test. mil.* L. 4. C. *eod.*

b) Müllers Preuß. Kriegsrecht, 1. Th. S. 161.

c) Quae vulgaris opinio ex male intellectis verbis, *expeditionibus* et *castris* orta est. *Castrum* autem tam locum, vbi miles tempore belli coram hoste, quam vbi tempore pacis commoratur, significat, et miles in expeditionibus etiam erat, si praesidium tenebat,

si in

si in viis militaribus residebat, vno verbo qui actu in legione seruitia praestabat, in oppositione ad dimissum aut in commeatu versantem. Hic verus sensus *expeditionis* cognoscitur *ex L.* 8. *C. quib. non obiicit. l. t. praescr.* et *L.* 8. *C. de restit. milit. et eor. qui reipubl. causs. obs.* Vulgari sententiae quidem adsistit Theophil qui l. c. *sed olim*, inquit, *quidem vbicunque degentes militariter testari poterant: ast Imperatoris nostri constitutio* (§. praec. not. *d*) *tunc illis hoc facere permisit, quum in castris vel in expeditione agunt: Quibus autem temporibus in aliis degunt locis, aut in dictis eorum sedetis, i. e. vbi agere eos necesse est, militaribus in testando priuilegiis haud fruantur*, sed vide I. H. Berger Pr. *testamenta militum in sedetis sine omni solemnitate valere*, *eoque verbo:* in sedetis, *statiua praesidia itemque biberna iudicari.* Viteb. 1711. (Ei. Philocal. fori p. 191.) et *Nostr.* Comm. Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testamentsform zu beobachten nicht nöthig, Frkf. 1789.

d) *L.* 17. *C. de testam. milit.*

e) *Ordin. Notar. d. a.* 1512. *Tit.* von Testam. „Oder „von Rittern, die zu Feld, und doch nicht im Streit „wären, da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen bis „of zween. Aber die Ritter die in Uebung des Streits „sind, mögen ihr Testament machen ohne alle Solemnität „oder Form, und wie sie wollen. Jedoch die Ritter, so „nicht in solcher Uebung oder Streit noch auch zu Feld „liegen, sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten ma„chen." Haec postrema verba non obstant Iuri romano quoniam equites tempore pacis in priuatis suis aedibus degebant, milite perpetuo nondum constituto.

f) Rescr. v. 18. May 1747. **Müllers** Pr. Kriegsr. S. 779.

§. DXC.

De forma huius testamenti interna priuilegiata.

Maiori adhuc priuilegio miles gaudet quoad formam internam *a*). Namque 1) *miles pro parte te-*

testatus, et proparte intestatus (§. 525. *not. a.*) *decedere potest b*), indeque etiam *ius adcrescendi* locum non habet, nisi testator hoc ita voluerit (§. 437.), 2) *in diem et ex die heredem valide instituit c*) (§. 525.), 3) *personam alias inhabilem heredem instituere potest d*), non vero *meretricem e*), 4) *cum duobus pluribusue testamentis* potest decedere modo constet *testatorem hoc ita voluisse f*), 5) *heredem quoque directe in codicillis* nominare potest, nullumque adeo discrimen est inter testamentum et codicillos militares; 6) *nullos heredes nessarios habet g*), sed quoscunque etiam descendentes pro lubitu praeterire et sub quacunque caussa exheredare potest, *nullaque* adeo 7) *querela inofficiosi testamenti contra militare testamentum locum habet g*), *neque* ideo 8) *legitimam relinquere tenetur h*), vt et 9) *adgnatione posthumi testamentum militis non rumpitur i*), 10) omnibus quocunque modo *substituere potest*, tam *vulgariter*, quam *pupillariter*, et quoad hanc, tam *vltra pubertatis annos* quam *vsque ad pubertatem k*); indeque etiam *filio furioso quasi pupillariter* substituit *pater* miles, etiamsi ille *ad sanam redierit mentem*; sed in his casibus solum tamquam fideicommissarie valent substitutiones, 11) nec minus *liberis substituere potest*, *etiamsi sibi testamentum non fecerit l*), vt et 12) *liberis emancipatis m*), 13) *eius testamentum per superuenientem capitis deminutionem irritum non fit n*), 14) *de bonis castrensibus testari potest*, *licet ex delicto capite damnatus sit o*). Ceterum et *filiusfamilias paganus de peculio castrensi et quasi castrensi* testari potest ita, vt *nemini legitimam relinquere teneatur p*), quodque adeo *testamentum quoad solam formam internam priuilegiatum* sistit (§. 485.).

 a) Quod

a) Quod si etiam forma externa Iure romano tantum militibus coram hoste constitutis remissa videri posset, tamen milites a forma interna etiam tempore pacis liberatos esse ostendere conati sumus cit. comm. Soldaten haben auch ꝛc.

b) *L. 6. L. 19. pr. D. de testam. milit. L. 37. D.* et *L. 1. C. de testam. milit.*

c) *L 15. §. 4. D. L. 8. C. eod.*

d) *L. 13. § 2. D. eod. Et deportati, et fere omnes, qui testamentifactionem non habent, a milite heredes institui possint. Sed si servum poenae heredem scribat; institutio non valebit: — et generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles scribit heredes, vt institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inueniatur, vt a milite institui potuerit.*

e) *L. 41. §. 1 D. eod. Mulier, in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis, aliquid capere potest, vt D. Hadrianus rescripsit. L. 14. D. de his quae vt indign.* I. F. Eisenhardt Diss. *de vsu hodierno L. 41. §. 1. D. de testam. milit.* Helmst. (Ei. *opusc. n. II.*)

f) *L. 19. D. eod. — militi licet plura testamenta facere Sed siue simul fecerit, siue separatim, vtique valebunt, si hoc* s p e c i a l i t e r *expresserit. Nec superius per inferius rumpetur, cum et ex parte heredem instituere possit, hoc est, ex parte testato ex parte instato decedere. Quin imo et si codicillos ante feceras, poterit eos per testamentum sequens cauendo, in potestatem institutionis redigere, et efficere directam institutionem, quae erat precaria.*

g) *L. 9. C. eod. Sicut certi iuris est, militem, qui scit se filium habere, aliosque scripsit heredes, tacite eum exheredare intelligi, ita si ignorans se filium habere alios scribat heredes, non obesse filio ademtam hereditatem, sed minime valente testamento, si sit in potestate, eum ad successionem venire in dubiis non habetur.*

h) *L. 24. C. de inoff. test. Testamentum militis filiifamilias in castrensi peculio factum, neque a patre, neque a liberis eius per inofficiosi querelam rescindi potest.*

i) *L. 7. L. 8. D. de testam. milit.*

k) *L. 15. D. de vulg. et pup. subst. Centurio filiis, si intra quintum et vicesimum annum aetatis sine liberis vita decesserint,*

rint, directo ſubſtitut. Intra quatuordecim annos etiam propria bona filio ſubſtitutus iure communi capiet. Poſt eam autem aetatem ex priuilegio militum patris duntaxat, cum fructibus inuentis in hereditate. add. *L.* 8. *C. de imp. et al. ſubſtit. L.* 5. *D. de teſt. milit.*

l) L. 15. §. 5. *L.* 41. §. *fin. D. de teſtam. milit.*

m) L. 41. §. 4. *D. eod.*

n) §. 3. *I. de milit. teſtam.*

o) L. 11. *pr. D. de teſtam. milit. L.* 13. *C. eod.*

p) L. fin. C. de inoff. teſtam. Neque id per legem generalem *Nou.* 115. mutatum dici poteſt, quod vel exinde adparet, quod Iuſtinianus poſtea *Nou.* 123. *c.* 19. priuilegium hoc intuitu filiorum clericorum ſolum ſuſtulerit. Conf. omnino D. C. Reideniz Diſſ. *vtrum querela inofficioſi teſt. contra teſtamentum militis et filiifamilias de peculio caſt. vel quaſi caſtr. ſit admittenda,* Regiom. 1790.

§. DXCI.

b) De teſtamento quaſi militari.

Ad exemplum militaris teſtamenti introductum et conceſſum eſt *quaſi militare a) teſtamentum,* vi cuius *omnes pagani i. e. non milites, qui in hoſtico loco apud milites commorantur, iure militari teſtari poſſunt b*). Hi nempe ſunt non ſolum, *qui ad ipſum exercitum pertinent,* vt *concionatores, medici, chirurgi, conſiliarii, praetores militares, piſtores* etc. ſed etiam *alii, qui ex libera voluntate aut ſui commodi et lucri cauſa in hoſtico loco deprehenduntur.* Hoſticus locus dicitur, vbi milites aduerſus hoſtem commorantur, non ſolum vbi acies et ipſe conflictus inſtituitur, aut inſtat, ſed etiam vbi caſtrum poſitum eſt. Verba: *iure militari* ſignificant tantum ſolemnitatem externam, non internam, adeo *vt pagani hoſtico loco teſtantes a priori non vero a poſteriori liberati ſint.* Nam-

que commune periculum, quod tunc temporis subeunt, ratio fuit, quare pagani quoque militibus in testamentifactione sint aequiparati, id quod verba: *hostico loco*, extra omne dubium ponunt et milites etiam extra hostica pericula, atque si iure etiam communi testantur, priuilegiis internis vtuntur (§. praec. not. *a*). Accedit et hoc, quod, cum leges solum de testamento in hostico loco condito loquantur, haec vlterior exceptio strictissime sit interpretanda. Ceterum, quum iure militari solum testari possint hi pagani, eadem quoque dispositio nouior (§. 589.) applicari debet.

a) F. A. Hommel Diss. *de exigua differentia inter testamentum militare et paganum in hostico conditum*, Lips. 1727. C. Rau Diss. *de discrimine inter testamentum militare et testamentum pagani in hostico conditum*, Lips. 1783.

b) *L. vn. D. d. p. ex test. milit. Non dubium est, quin debeant ratae voluntates esse eorum, qui in hosticolo* (hostico loco) *suprema iudicia sua quoquo modo ordinassent, ibidemque diem suum obiissent. Quamquam enim distet conditio militum ab his personis, quas constitutiones principales separant, tamen qui in procinctu versentur, cum eadem pericula experiantur, iura quoque eadem merito sibi vindicant. Omnes igitur, qui eius sunt conditionis, vt iure militari testari non possint, si in hosticolo deprehendantur, et illic decedent, quomodo velint, et quomodo possint, testabuntur, siue praeses quis sit prouinciae siue legatus, siue quis alius qui iure militari testari non potest. Item nauarchos et trierarchos classium iure militari posse testari, nulla dubitatio est*, add. *L.* 44. *D. de test. milit.* quae eiusdem est tenoris et eiusdem *Vlpiani* verba eadem continet.

§. DXCII.

Quamdiu testamentum militare valeat.

Testamentum *quasi militare* solum valet *a*) *si pagani in hostico loco decedunt*, adeoque simulac ex bellicis

bellicis expeditionibus redeunt, eorum quoque testamentum iure militari amplius valere nequit (§. *praec. not. b.*). Testamentnm autem *militare proprie tale* siue in castris, siue in praesidiis factum sit, *valet, donec miles esse desinit*, quod sit, vel per missionem honestam atque causariam, vel minus honestam. Posteriori in casu *statim corruit* b). Priori vero *valet adhuc intra annum post missionem*, ideoque etiam conditionata heredis institutio omnino valet, licet post annum demum ad existentiam perueniat c). Quod *si quis miles* intra annum post missionem honestam, *denuo adsumtus fuit*, testamentum in priori militia factum *ad secundam militiam producitur* et valet, alias vero non.

a) I. O. König Diss. *quamdiu valeat testamentum militare*, Hal. 1780.

b) L. 26. D. *de testam. milit. Testamenta eorum, qui ignominiae causa missi sunt, statim desinunt militari iure valere: quod anni spatium testamentis eorum, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, tribuitur.*

c) L. 38. D. *eod. Quod dicitur, si miles intra annum quam missus est, decesserit, valere eius testamentum, quod iure militari fecerat, verum est etiam post annum conditio institutionis extiterit, mortuo eo intra annum, et ideo, si heredi filio substitueris, nihil interest, quando filius moriatur: sufficit enim patrem intra annum obiisse.*

Membrvm II.

De successione testamentaria praetoria.

§. DXCIII.

Bonorum possessio testamentaria datur heredi, si defunctus testamentum reliquit (§. 446). Iam vero vel ea concedebatur secundum tenorem testamenti,

menti, vel non, seu contra testamenti tenorem. Priori in casu dicitur *bonorum possessio secundum tabulas*, posteriori vero *contra tabulas*, quae vel ita erat comparata, vt virtute huius bonorum possessionis testamentum rescindi posset, vel non, seu etiam absque testamento rescindendo conceditur. Illa dicitur *bonorum possessio sine re* seu *litis ordinandae gratia*; haec *bonorum possessio cum re*. Et quidem ante omnia praetor dabat bonorum possessionem contra tabulas, deinde bonorum possessionem secundum tabulas.

Tit. I.

De *bonorum possessione contra tabulas*.

§. DXCIV.

Bonorum possessio contra tabulas a), et quidem *sine re*, debatur liberis emancipatis, a patre testatore rite exheredatis, siue primi gradus, siue vlteriorum graduum erant, eum in finem, vt hi liberi exheredati querelam inofficiosi testamenti instituere, et rescisso testamento, patris sui hereditatem habere possent (§. 541). Sed quum iure Nouellarum (§. 548) emancipati ipsis suis in hoc quoque capite exaequati sint, *hodie* haec bonorum possessio cessat. *Bonorum* autem *possessio cum re* dabatur 1) *liberis emancipatis a patre in testamento praeteritis* atque non rite exheredatis, siue adoptiui, siue naturales, siue primi, siue vlterioris gradus essent. Sed quum ius ciuile antiquum et praetorium Iustinianus coniunxerit (§. *cit.*) etiam haec bonorum possessio *apud nos* formaliter cessat; 2) *patrono eiusque liberis in testamento liberti praeteritis*, ad semissem ex edicto Praetoris, ex Iustiniani autem sanctione Fauisiana vel Caluisiana vtebantur,

bantur, 3) *parenti in testamento filii emancipati praeterito* ad exemplum patroni, quoniam pater emancipator, propter pactum fiduciae in emancipationem interpositum, iura patroni acceperat. Sed etiam haec posteriora iure hodierno propter deficiens obiectum cessant. Ea tamen hodie adhuc locum habet et proficua est, 1) *filio instituto ex persona fratris praeteriti, in praeteritionem suam consentientis b*), 2) *filio vna cum extraneo instituto* quando ex persona *fratris* propter eius praeteritionem et exheredationem non rite factam *testamentum nullum est*, qui vero frater ante mortem testatoris decessit, et filius testamentum impugnare vult.

a) G. MAIANSIVS Diss. *de amissione bonorum possessionis contra tabulas liberti propter accusationem calumniosam* (Ei. *Diss T.* 1. *n.* 6.). H. RENNEMANN *de bonorum possessione contra tabulas et inofficioso testamento.* (Ei. *Irsprd. R. G. Membr. II n.* 25.). Eiusd. Diss. *de successione Praetoria hodiernum necessaria.* (Ei. *Tr. de succ. ab intest.*) F. G. C. SARTORIVS Diss. *de b. p. quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt.* Lips 1775. I. C. G. WOLFF *de b. p. eiusque adhuc dum in foro adplicatione,* Goett. 1793.

b) *L.* 10. §. *vlt. D. de b. p. c. tabb. Hi, qui propter alios contra tabulas b. p. petunt, non expectant, vt praeteriti b. p. accipiant: verum ipsi quoque b. p. petere contra tabulas possunt. Cum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, iam non curant, petant illi nec ne b. p.* add. *L.* 3. §. 1. *D. eod.*

Tit. II.

De bonorum possessione secundum tabulas.

§. DXCV.

Bonorum possessio secundum tabulas vel vnicuique heredi scripto habili dabatur, modo in vltimae

mae voluntatis tabulis, septem testium signaculis firmatis, institutus erat, vel non, seu in quibusdam tantum speciebus, ad quas restricta erat, ponenda est. Priori in casu erat bonorum *possessio generalis* seu *vniuersalis*, ex quo testamentum praetorium originem suam cepit, (§. 479.) *quae igitur, derogato testamento praetorio iure romano recentiori non amplius, locum habere potest.* Posteriori vero in casu *bonorum possessio secundum tabulas specialis*, quae defertur 1) *ex testamento militis a*) quibuscunque heredibus in eiusmodi testamento scriptis et qui ex eodem heredes fieri possunt, quae bonorum possessio est *accessoria.* Sed et praeterea haec bonorum possessio secundum tabulas in iis speciebus heredibus scriptis necessaria atque vtilis est, 2) *in quibus iure ciuili testamenta, aut ab initio inualida, aut ex post facto infirmantur, modo ea causa, quae testamentum inualidum reddit, deinceps remota sit.* Quum enim Iure ciuili testamentum semel inualidum deinceps non nisi ex noua causa validum fieri posset. Praetor haec testamenta substinet, si causa quare Iure ciuili testamentum inualidum fiebat iterum cessat.

a) L. 2. D. de testam. milit.

§. DXCVI.

Vnde b. p. haec competit 1) *heredi* in eo testamento *scripto, quo heres legitimus*, qui legitimam exigere potest, *praeteritus est, qui vero aut viuo testatore iterum decessit a*), aut *qui bonis paternis sese abstinuit b*), 2) *heredibus, in duobus testamentis c*) *a testatore relictis, vocatis*, vbi non constat, *quaenam tabulae sint priores aut posteriores* (§. 575), 3) *si testamentum propter capitis deminutionem irritum sit d*), modo testator

mortis

mortis tempore et ciuis romanus et sui iuris fuerit, 4) *si testamentum per adgnationem posthumi ruptum est*, *posthumo* ante testatorem deinceps iterum *defuncto e*), 5) *si posteriores tabulas eo animo inciderit testator, vt priores tanquam supremas et vnice valituras relinqueret f*), modo priores non sint cancellatae, nec laceratae, sed voluntas testatoris probari possit. 6) *si testamentum interiit*, aut *post illud prolatum nomen heredis deletum est g*), modo alia ratione probari possit, quis heres institutus sit.

a) *L. 2. pr. D. de b. p. sec. tabb. Aequissimum ordinem praetor secutus est. Voluit enim primo ad liberos b. p. contra tabulas pertinere, mox, si inde non sis occupata, iudicium defuncti sequendum. Exspectandi igitur liberi erunt, quamdiu b. p. petere possunt. Quod si tempus fuerit finitum, aut ante decesserint, vel repudiauerint, vel ius petendae b. p. amiserint, tunc reuertetur b. p ad scriptos.*

b) *L. 17. D. de iniusto rupt. irrit. Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis auocauit. Quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bonis et aequo tuebitur.*

c) *L. 1. §. 6. D. de b. p. sec. tabb. Sed et si in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit, et vtrumque extet, ex vtroque quasi ex vno competit b. p. quia pro vnis tabulis habendum est.* — P. WASMVTH Diss. *de duobus testamentis, sed siue die et consule factis*, Ling.

d) *§. 6. I. quib. mod. test. inf. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae ab initio iure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti b. p. agnoscere; si modo defunctus et ciuis romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. L. 1. §. 8. D. de b. p. s. tabb. Exigit Praetor, vt is, cuius b. p. datur, vtroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum, et cum moritur. — Sed si quis vtroque tempore testamenti-*

mentifactionem habuerit, medio tempore non habuerit, b. p. sec. tabb. peti poterit.

e) *L.* 12. *pr. D. de iniust. rupt. Posthumus praeteritus, vivo testatore natus decessit, licet iuris scrupulositate, nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, b. p. sec. tabb. accipere heres scriptus potest, nempe obtinebit.* P. WASMUTH Diss. *de testam. per agnationem sui heredis rupto, sed iure praet. restituto.* Ling. 1734.

f) *L.* 11. §. 2. *D. de b p. sec. tabb.* — *non secus, ac si quis alind testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret.* L. C. SCHMIDT Diss. *de testamento priori, posteriori derogante,* Ien. 1755.

g) *L.* 1. *D. de his quae in testam. del.* (§. 584. not. a.) *L.* vu. *D. si tabb. test. exstab. Heredi, cuius nomen inconsulto ita deletum sit, vt penitus legi non possit, dari bonorum possessio minime potest: quia ex coniectura non proprie scriptus videretur Quamuis si post prolatas tabulas deletum sit testamentum, b. p. competat. Nam et si mortis tempore tabulae fuerint, licet postea interierint, competet b p., quia verum fuit, tabulas exstare.* J. C. Quistorp ob das nach dem Tode des Erblassers nicht mehr vorhandene Testam. in so fern anders desselben wesentlicher Inhalt zu beweisen steht, eine verbindliche Kraft habe. (Ei. Beytr. n. 16.) A. S. P. Semler in wie fern kann ein nach dem Tode des Erblassers nicht mehr vorhandenes Testam. durch den noch möglichen Beweis seines wesentlichen Inhalts, seine ursprüngliche gehabte verbindliche Kraft behalten. (Arch. f. th. u. pr. Rgel. 2. Th. N. 5.).

Tit. III.

De collatione.

§. DXCVII.

De origine collationis.

Quum emancipati liberi tam ab intestato (§. 447.) quam ex testamento (§. 541.) vna cum liberis suis iure Praetorio aequali ratione succedere, emancipati vero post emancipationem propria bona adquirere pos-

poſſent, liberi vero ſui quidquid adquirebant, ad eorem patrem pertineret, eamque ob rationem melior conditio emancipatorum ipſorum liberorum ſuorum conditione eſſet, Praetor edicebat: *vt ſua quoque bona in medium conferant, qui adpetant paterna a*). Poſtea autem conſtitutiónibus Imperatorem alia collatio *b*) intuitu *omnium liberorum* tam primi gradus quam vlteriorum graduum conſtituta eſt, *vi cuius liberi ea bona ſolum conferre, ſeu in communem hereditatem computare tenentur, quae a parentibus viuis acceperunt, et quibus locupletiores exiſtunt*, vtque adeo ita aequalitas inter liberos reſtituatur *c*).

a) *L.* 1. *pr. D. de collat.*

b) I. GOEDDAEVS Diſſ. *de collationibus* (Ei. *Collect. Diſſert. T. II. p.* 433.). *a* LEYSER Spec. 409. F. G. ZOLLER Diſſ. *de iure conferendi*, Lipſ. 1765. H. F. SCHORCH Pr. *de collationibus*, Erf. 1772. T. THOMASIVS Pr. *quaeſtiones nonnullas de collationibus continens*, Erf. 1738.

c) *L.* 17. *C. de collat. Vt liberis — aequa lance parique modo proſpici poſſit, hoc etiam aequitatis ſtudio, praeſenti lege credidimus inſerendum.*

§. DXCVIII.

De perſonis quae conferre debent.

Collatio igitur obtinet ſolum inter *liberos*, non vero inter *aſcendentes* et *collaterales*, aut *extraneos a*). Iure germ. autem collatio etiam inter *coniuges* quandoque obtinet (§. 367.), ſed quae alius eſt conditionis quam collatio iuris Romani. Conferunt tam *liberi primi gradus*, *quam vlteriorum graduum*, ſcilicet ea, quae ipſi acceperunt. Sed queritur, *an nepos in ſucceſſione aui ea conferre debeat quae pater eius accipit b*)? Diſtinguendum putamus, vtrum nepos heres patris factus ſit, nec ne. Priori in caſu *nepos*

nepos ea conferre tenetur c), *quae pater accepit ab auo aut auia* viuentibus, posteriori vero *ad collationem non tenetur*, siue cum ipsis solis nepotibus, siue cum filiis primi gradus concurrat, quoniam nepos hereditatem paternam repudiare et beneficio Praetoris succedere potest avo *d*). Alii plerumque contra *e*).

a) Leges enim solum loquuntur de descendentibus conferentibus. *L.* 1. *D. de collat. L.* 12. 16. 17. 19. *C. eod.*

b) G. C. Bastineller Diss. *de nepote, patris conferenda, nisi bis auctus sit, non conferente*, Vit. 1721. I. P. Kress Exerc. *de nepote ea, quae parens accepit, in vniuersum conferente*, Helmst. 1732. rec. 1750. C. W. Strecker Diss. *de collatione nepotum hereditate paterna repudiata cum patruis aut amitis, auo vel auiae succedentium*, Erf. 1738. C. F. Zeibich (Praef. Bastineller) Diss. *Nepotem patris collatione liberat*, Vit. 1745. E G. Zoller Diss. *de quaest. vtrum nepotes, si parentum heredes non facti ea conferre teneantur, quae eorum praedefuncti parentes acceperunt*, Lips. 1781. Meditt. 1. B. n. 25. 26.

d) *L. vlt C vnde liberi. Qui se patris post auum intestatum defuncti negat heredem, mortui aui paterni suscipere facultates non potest, maxime emancipatus: nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium perueneris.* A. I. F. Ernst Diss. *de iure succedendi nepotum proprio*, Mog. 1721.

e) Propter ius repraesentationis, quod vero precario adsumunt (§. 449. not. *c*.), et propter *L.* 17. et 19. *C. eod.* quae tamen non de hoc casu, sed generaliter de collatione nepotum loquuntur. Sed contrarium quoque sequitur *Camera Berolinensis.* vid. Jurist. Beytr. S. 1. S. 58.

§. DXCIX.

Quaenam collationi subiacent.

Conferre tenentur liberi 1) *ea omnia, quae a viuis parentibus titulo gratuitu acceperunt*, adeoque 2) vi *regula generalis* obtinet collatio, tam si liberi *ab intestato*, quam *ex testamento* parentibus succedunt

dunt *a*), 3) ea conferre debent, *quibus eo tempore, quo acceperunt locupletiores sunt facti*, et 4) *quibus etiam tempore collationis faciendae supersunt locupletiores b*). Quare conferuntur 1) *quaecunque liberis simpliciter donata sunt inter viuos c*), et quibus locupletiores facti sunt et adhuc existunt, 2) *donationes propter nuptias* a parentibus pro liberis factae et 3) *donationes remuneratoriae proprie tales*, quoniam, licet remuneratoriae sint, tamen manent donationes parentum, 4) *dotes d*) *filiabus constitutae*, adparatus muliebris etc. 5) *illud, quod ad praebendam et beneficium ecclesiasticum filio A. C. addicto comparandam* impensum est, *quatenus beneficium vendi potest e*). Alias enim locupletior factus non est, sed solum spes adquisita est, reditus quotannis percipiendi.

a) Nou. 18. c. 6. — *sed siue quispiam intestatus moriatur, siue testatus, quoniam incertum est, ne forsan oblitus datorum, aut prae tumultu mortis angustiatus, huius non est memoratus: omnino esse collationes, et exinde aequalitatem, secundum quod olim depositum est, nisi expressim designauerit ipse, se velle fieri collationem.* —

b) L. 20. C. de collat. — *vt lucrum, quod tempore mortis defuncti ad eum peruenire poterat, non solum testamento condito quartae parti ab intest. successi. computetur, sed etiam ab intest. conferatur.*

c) L. cit. §. 1. *Ad haec cum ante nuptias donatio vel dos a patre data vel matre vel aliis parentibus pro filio vel filia, nepote vel nepte vtrisque descendentibus conferatur; si vnus vel vna liberorum ante nuptias donationem vel dotem, non etiam simplicem donationem accepit, vel acceperit, alter vero vel altera neque donationem ante nuptias a parente suo suscepit vel susceperit, sed simplicem tantummodo donationem: ne ex eo iniustum aliquod oriatur, si ea quidem persona, quae ante nuptias donationem vel dotem suscepit conferre etiam cogenda sit, illa vero quae simplicem tantummodo donationem meruit, ad collationem eius minime coarctanda: si quid huiusmodi acciderit, iubemus ad similitudinem eius, qui ante nuptias donationem vel dotem conferre cogitur, etiam illam personam, quae nulla do-*

dote vel ante nuptias donatione data solam simplicem donationem a parentibus suis accepit conferre eam: nec recusare collationem ex eo, (GOTTH. recte addit: *vanum argumentum donatarii*) *quod simplex donatio non aliter confertur, nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suae indulgentiae imposuerit.* Sunt vero multi qui simplicem donationem non conferri debere existiment propter *L.* 18. *C. fam. ercisc.* I. E. LINCK Diss. *de collatione donationis simplicis*, Arg. 1737. C. F. PAELIKE Diss. *de donat. simpl. in hereditatem paternam non conferenda*, Helmst. 1762.

d) *Tit. D. de dotis collat.* — *LL. cit.* — *a* LEYSER Spec. 414. F. G. ZOLLER Diss. *de dote iure Saxonico non conferenda*, Lips. 1768.

e) *arg. L.* 30. §. 2. *C. de inoff. test. Imputari vero filiis aliisque personis, quae dudum ad inofficiosi testamenti querelam vocabantur, in legitimam portionem et illa volumus, quae occasione militiae ex pecuniis mortui iisdem personis adquisita, posse lucrari eas manifestum est, eo, quod talis sit militia vt vendatur, vel mortuo militante certa pecunia ad eius heredes veniat.*

§. DC.

Quando collatio locum non habet.

Ex dictis adparet, collationem non obtinere *a*) 1) si liberi res a parentibus *titulo oneroso* adquisiuerunt, si *non a viuis parentibus*, sed ex eorum *mortis causa dispositione* aliquid acceperunt *b*), vnde etiam feudam emtum filii conferre non tenentur *c*), 3) quibus liberi *locupletiores facti non sunt*, v. c. *alimenta* et *omnia ea, quae in eorum educationem impensa sunt, sumtus peregrinationum, sumtus conuiui nuptialis, dona nuptialia*, scilicet quae parentes liberis donarunt, vt alter desponsata persona ea accipiat (nam, quae vnus desponsatorum ab altero accepit propterea collationi non subsunt, quoniam ea non a parentibus accepit), *ea, quae parentes quotannis liberis dederunt*, vt inde se exhibere possint, adeoque et *subsidium paternum* (jährliche

Zu-

Zubuße, Beyhülfe zur Wirthschaft) *a*), aut quae *ad consumtionem donarunt* v. c. vinum etc., nec minus *sumtus studiorum*, et quae ad *dignitatem* aut *munus honorificum e*), consequendum data sunt. Quod ad *sumtus studiorum* adtinet, distinguendum: vel considerari possunt tanquam sumtus educationis debitae ex conditione et facultatibus patris aestimandae, vel non. Priori in casu *collatio horum sumtuum nunquam locum habet*, siue sumtus ipsi male aut bene a filio collocati fuerint, et siue pater collationem iniunxerit, siue non. Posteriori vero in casu vel ascendens collationem iussit, vel non. Si prius, *sumtus studiorum conferri debent* siue bene siue male impensi fuerint, et licet non locupletior factus sit filius, tamen id obtinet, quoniam ex solo credendi animo *f*) pater eos subministrasse censetur. Sin posterius, *collatio horum sumtuum locum non habet*, 4) *vsurae, ex pecunia donata ante mortem parentis perceptae g*), post mortem autem perceptae conferuntur. 5) Si *liberi tempore collationis faciendae non amplius locupletiores existunt, et culpa eorum non perdiderunt g*). Vnde etiam, si pater aes alienum filii soluit, in dubio collatio non obtinet, nisi pater animo credendi id soluerit.

a) F. A. Lüdike Diss. *de rebus collatione exemtis*, Vit. 1691. A. G. B. Horlacher Diss. *de rebus collationi non obnoxiis*, Alt. 1725.

b) *L.* 39. §. 1. *D. fam. ercisc. Intestato moriens, codicillis praedia sua omnia et patrimonium inter liberos diuisit: ita vt longe amplius filio, quam filiae relinqueret: quaesitum est, an soror fratri dotem conferre deberet? Respondi, secundum ea, quae praeponerentur, si nihil indiuisum reliquisset, rectius dici, ex volunt defuncti collationem dotis cessare.* add. *L.* 16. *de collat.*

c) F. G. Pestel Diss. *pecuniam, qua feudum est emtum in commune conferri debere*, Rint. 1749. E. C. Dabelow sind die Töchter eines verstorbenen Lehn-Mannes befugt bey der Succession mit den Söhnen in väterl. Allode die

Conferirung der neu erworbenen Lehngüther zu verlangen, Hall. 1791.

d) A F. Rivinus Pr. *de subsidio paterno*, Lips. 1730. I. G. Bausch Diss. *de subsidio paterno collationi obnoxio*, Goett. 1773. E. d. G. C. n. 69.

e) I. L. Uhl Diss. *de sumtibus filio a patre ad dignitatem doctoralem consequendam suppeditatis, non conferendis*, Frf. 1767.

f) *L.* 50. *D. fam. ercisc. Quae pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministrauit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computare aequitas non patitur. L.* 5. *C. ad Sct. Maced.* I. T. Carrach Diss. *de iussu patris in conferendis sumtibus studiorum rata vel irrito, ad L.* 50. *D. fam. ercisc.* Hal. 1748. F. G. Zoller Diss. *vtrum filius sumtus studiorum conferre teneatur*, Lips. 1768. R. C. Henne Pr. *de patre sumtus studiorum collationi subiiciente*, Erf. 1774.

g) *L.* 5. §. 1. *D. de dot. collat. Filia, quae soluta matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit: viri boni arbitratu cogetur vsuras quoque dotis conferre, cum emancipatus frater etiam fructus conferat, et filia partis suae fructus percipiat.*

h) *L.* 1. §. 23. *D. de collat. bonor. Confertur autem etiam, si quid eius non fuerit, dolo malo autem factum sit, quo minus esset: Sed hoc si accipiendum est, vt hoc demum conferatur, quod eius esse desiit dolo malo. L.* 2. §. 2. *eod. De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cuius detrimentum ea pertinere debeant? Et plerique putant ea, que sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere: et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus Praetor viri boni arbitratu iubet conferri bona: Vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id, quod nec habet, nec dolo, nec culpa desiit habere.*

§. DCI.

Aliquando etiam *propter priuilegium fauorabile* collationis necessitas cessat, quo pertinent: 1) *sumtus*

tus a parentibus in redemtionem liberorum ex captiuitate impensi a), 2) *quae liberis donata sunt ad peculium castrense b*) *et quasi castrense pertinentia*. v. c. libri studiorum causa comparati *c*), non vero si pater filio totam aliquam bibliothecam dedit. Praeterea cessat collationis onus, 1) *si pater collationem prohibuit d*). Illa vero prohibitio *expresse* declarata esse debet *iure nouiori*, quum *iure anteriori e*), si pater in testamento collationem non expresse iniunxisset, illa non obtineret. Sed et *parentibus licet ea, quae alias collationi exemta sunt, collationi submittere*, modo non ad *debitam educationem* pertineant, et re vera *liberi locupletiores* facti sint, neque *legitima laedatur f*). 2) *Si liberi rebus acceptis contenti sunt* et *hereditate parentum sese abstinent g*), quod valet, modo *reliqui in legitima* non laedantur, quo in casu tamen *in tantum* solum repudiantus liberi conferre tenentur, *in quantum* id exigit legitima aliis debita. 3) *Si liberi sunt exheredati.*

a) *L.* 17. *C. de postlim. reuers. et ab hostib. redemt.*

b) *L. vlt. C. de collat. Vt enim castrense peculium in commune conferre, in hereditate diuidenda, et ex prisci iuris auctoritate minime cogebantur: ita et alias res, que minime parentibus adquiruntur, proprias liberis manere censemus.* G. T. Schinemann warum die Kosten die zur Equipage und Studieren verwendet worden diesen bey Erbtheilung ihrer verst. Eltern nicht mit angerechnet werden können.

c) I. F. Wernher Diss. *de collatione circa libros studiorum causa comparatos*, Vit. 1729.

d) *Nou.* 18. *c.* 6. *Auth. Ex testam. C. de collat. Ex testamento et ab intestato cessat dotis et aliorum datorum collatio, ita demum si parens hoc designauit expressim.* Ivlian *Epit. Nou. Si quis pro filia sua dotem genero dederit vel propter nuptias donationem pro filio suo nurui praestiterit, postea que ipse pater decesserit testatus sine intestatus, et non specialiter expresserit, vt nulla collatio fiat dotis, vel antenu-*

ptialis donationis, si hoc ita sit is qui succedere iure patris voluerit, cogatur conferre dotem vel antenupt. donat. — W. A. Schoepf Diss. *de remissione collationis*, Tub. 1736.

e) *L.* 39. §. 1. *D. fam. erc.* (§. praec. not. *b.*) *L.* 1. *C. de collat. Emancipatos liberos testamento heredes scriptos, et ex ea successionem obtinentes, a patre donata fratribus conferre non oportere, si pater, vt hoc fiat, supremis iudiciis non cauit, manifesti iuris est.*

f) *cit. L.* 1. *C. collat.*

g) *L. vlt. D. eod. Fuit quaestionis, an, si sua heres filia patri cum fratribus contenta dote abstineat se bonis, compellatur eam conferre? Et D. Marcus rescripsit, non compelli abstinentem se ab hereditate patris. Erga non tantum data apud maritum remanebit, sed et promissa exigetur etiam a fratribus. Et est aeris alieni loco; abscessit enim a bonis patris. Nov.* 92. *c.* 1. — *non valentibus filiis qui donationibus honorati sunt, dicere contentos se quidem esse immensis hi donationibus, videri autem abstinere paterna hereditate; sed neque cogendis quidem, si contenti sunt donationibus, suscipere hereditatem, necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus, quod haec defert secundum quam scripsimus mensuram, vt non minus habeant illi, quam quod ex legibus eis debetur.* E. d. G. C. n. 97. G. Barth Diss. *de beneficio abstinendi hereditate paterna ad effectum retinendi dotem acceptam*, Basil 1686. (Ei. Vol. Diss. p. 6.) Ei. Diss. *de benef. abst. hered. pat. ad effectum exigendi dotem promissam* ib. 1688. Lammers ob die Renunciation auf die Erbsch. überhaupt v. d. Collations-Verbindlichkeit befreye. Erlang. 1795. C. H. F. Roeszler Comm. *renunciationem hereditatis ab onere collationis liberare contra Lammersium*, Frf. cis Viadr. 1800.

§. DCII.

De modo conferendi.

Facienda autem collatio est vel *realiter*, vel *verbaliter*. Prior iure antiquo necessaria erat, sed deinde posterior inualuit, et in libero conferentis arbitrio est, *vtrum rem ipsam, an pretium a) conferre*

ferre velit, quanti ſcilicet res conferenda tempore collationis faciendae vere aeſtimatur, neque adeo inuito poſſeſſori auferri poteſt res ipſa. *Non igitur ad pretium rerum, quod tempore donationis habuerunt*, reſpicitur, modo res dolo aut culpa lata conferentis non ſit deteriorata *b*). Computatur itaque tota hereditas vna cum conferendis, et vnius cuiusque parte conſtituta aut aliquid *additur* aut *detrahitur*.

a) *L.* 1. §. 12. *D. eod. Sed etſi tantum forte in bonis paternis emancipatus remittat, quantum ex collatione ſuus habere debet, dicendum eſt, emancipatum ſatis contuliſſe videri. Idem et ſi nomen paterni debitoris delegaueris, vel fundum remue aliam dederis pro portione bonorum, quae conferre debuit.*

b) *L.* 1. §. 23. *L.* 2. §. 2. *D. eod.* (§. 600. not. *b*).

SECTIO III.
De ſucceſſione pactitia.

§. DCIII.

De diuiſione pactorum ſucceſſoriorum.

Pactum ſucceſſorium a) *in genere* eſt *illud pactum, cuius obiectum eſt ſucceſſio hereditaria*, quod vel ſecundum iuris romani principia, vel ſecundum ius germanicum conſideratur. Poſteriori in caſu huc pertinent 1) pacta *confraternitatis b*) 2) pacta *ganerbinatus*, et 3) *vnionis prolium.* Priori vero in caſu

1) vel hereditatem diuidendam reſpiciunt, — *pactum hereditarium diuiſorium §. ſeq.*

2) vel adquiſitionem iuris hereditarii — *pactum ſucceſſorium adquiſitiuum in gen.*

 a) vel

a) vel vt tertio quis succedere possit — *pactum successorium dispositiuum* §. 606.

b) vel vt vnus paciscentium alteri succedere possit — *p. succ. adquisit. in sp.*

c) vel tertius non paciscens alteri non paciscenti succedat — *restitutiuum*

3) vel renunciationem iuris hereditarii — p. s. *renunciatiuum* §. 611.

4) vel denique conseruationem iuris hereditarii continet — *conseruatiuum* §. 610.

a) A. CONTIVS Tr. *de pactis futurae successionis ac praesertim de pactis Isomoeriae inter patrem et filios*, Biturig. 1571. a LEYSER *Spec.* 43. Ei. Spec. 44. I. F. RIVINVS Diss. *de pactis successoriis*, Lips. 1730. rec. 1746. A. F. HEBESTREIT Diss. *vindiciae veri valoris pactorum successoriorum, tam iure rom. quam germ, aduersus errores interpretum*, Erf. 1768. I. G. ROESSIG Diss. *de pactis successoriis sec. princ. ius. hod.* Goett. 1799.

b) G. A. RVDLOFF Comm. *de pactis successoriis illustrium et nobilium Germ. spec. iis, quae pacta confraternitatis appellantur*, Rost. 1770. P. HASELBERG Tr. *de pactis confraternitatis*, Goett. 1787.

§. DCIV.

a) *De pactis successoriis diuisoriis.*

Pactum successorium diuisorium a) *initur super hereditate diuidenda*, et germ. dicitur Erbvergleich, Erbtheilungsvertrag, et si in scripturam redigitur Erbtheilungsreceß. Eiusmodi pactum et iure romano et iure germanico validum est, modo requisita pactorum generalia adsint. Iure Brandenburgico non solum scriptura semper requiritur si hereditas diuidenda summam 50 thal. excedit, sed etiam, si minores inter heredes sunt, *iudicialiter* hoc pactum diuisorium iniri debet.

a) I.

a) I. G. Klingner Diss. *de pactis coheredum diuisoriis*, Erf. 1730.

§. DCV.

b) *De pactis successoriis adquisitiuis.*

Pacta successoria adquisitiua a) apud Romanos inter *paganos* non solum inualida b), sed etiam illicita erant, quoniam *votum captandae mortis* continere credebantur, adeoque non valebant, tam si alii contractui adiecta c); quam si etiam inter parentes et liberos celebrata erant. Inter *milites* autem eiusmodi pacta non quidem illicita et inualida erant, potius heres ex tali conuentione hereditatem militis obtinebat *sed non tanquam pacta i. e. iure irreuocabili, sed potius tanquam vltima voluntas militis nuda, quoquo modo sustinenda, valebant, adeo vt militi etiam reuocatio eiusmodi pacti semper licuerit* d) *Donatio* vero mortis causa huc non pertinet, nec etiam efficit, vt inde valor et obligandi virtus pactorum successoriorum adquisitiuorum iure rom. defendi possit, quum non solum in pactis successoriis vniuersitas iuris cogitetur, sed etiam ipsa donatio mortis causa heredem solum obliget, non donantem, adeoque virtus obligandi non tam in acceptatione, quippe quae tantum ad formam rei pertinet, quam potius in sola dispositione defuncti latet.

a) C. A. Boenhart Diss. *de transmissione hereditatis ex pacto successorio adquisitiuo maxime illustrium*, Marb. 1763. H. Meyer Tr. *quomodo ex pacto hereditas adquirenda*, Frf. 1608. (Ei tr. *de testament. success.*).

b) L. 25. C. *de transact. Si maiores XXV. annis cum patruo siue auunculo vestro transegistis, vel ei debita donationis caussa sine aliqua conditione remisistis: non idcirco, quod hoc eius hereditatis captandae causa, id est spe futurae successionis vos fecisse proponatis aliis ei succedentibus instaurari finita debent.*

bent. add. *L.* 61. *de V. O. L.* 15. *C. de pact. L.* 4. *C. de inutilib. ſtipul.*

c) *L.* 5. *C. de pact. conu. tam. ſup. dot. L.* 34. *C. de transact.*

d) *L.* 19. *C. de pact. Licet inter priuatos huiusmodi ſcriptum, quo comprehenditur, vt is, qui ſuperuixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis cauſa geſtae efficaciter ſpeciem oſtendat: tamen cum voluntas militum, quae ſuper vltimo vitae ſpiritu, deque familiaris rei decreto, quomodo contemplatione mortis in ſcripturam deducitur, vim poſtremi iudicii obtineat, proponasque te ac fratrem tuum ad diſcrimen praelii pergentes, ob communem mortis fortunam inuicem eſſe pactos, vt ad eum, qui ſuperſtes fuiſſet, res eius, cui caſus finem vitae adtuliſſet, pertinerent: exiſtente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio, etiam rerum eius compendium ad te delatum eſſe.*

e) C. H. Brevning Diſſ. *an hereditas m. c. donari poſſit?* Lipſ. 1778.

§. DCVI.

c) *de pactis ſucceſſoriis diſpoſitiuis.*

Pacta haec *ſucceſſoria diſpoſitiua* dicuntur, quae *diſpoſitionem de hereditate tertio non paciſcentis continent, vt vnus paciſcentium tertio non paciſcenti ſuccedat* (§. 603). Nominantur etiam a quibusdam *reſtitutiua* licet incongrue; vt poſtea adparebit. Ponamus autem quosdam paciſci de hereditate tertii non paciſcentis, vel ille tertius *certus* eſt, vel *incertus.* Poſteriori in caſu *pacta de hereditate tertii non nominatim deſcripti valida ſunt, ſiue pretio interueniente ſiue gratuita ratione celebrata ſint a*). Priori vero vel de hereditate tertii *certi viuentis,* vel *iam defuncti* ineuntur (§. ſeq.). Si prius, vel tertius certus *conſentit,* vel non. Hoc in caſu *eiusmodi pacta ſunt inualida b*), quoniam votum captandae mortis ſubeſſe cenſetur, atque perinde eſt, vtrum *ſciat* et *diſſentiat*, an *ignoret,*

pactum

pactum inter alios de sua hereditate initum esse. Illo autem in casu *valet eiusmodi pactum c*), *modo tertius ille in hoc consensu perseueret* et suam voluntatem contrariam non declarauerit, quod illi tam simpliciter, quam per testamentum postea factum omnino licet.

a) L. 3. §. 2. D. *pro socio. De illo quaeritur, si ita ineatur societas, vt si qua iusta hereditas alterutri obuenerit, communis sit, quae iusta sit hereditas? vtrum quae iure legitimo obuenit, an etiam ea, quae testamento? Et probabilius est, ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere*, add. L. 3. C. *de donat.*

b) L. 29. §. 2. D. *de donat. Donationem quidem partis bonorum proximae cognatae viuentis nullam fuisse constabat; verum ei qui donauit, ac postea iure praetorio successit, quoniam aduersus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit.* add. L. 2. § 2. *de v. et p. subst.* L. 27. §. 4. D. *ad SCt. Trebell* L. *vlt.* C. *de pactis.* E. TENTZEL Diss. *de pactis super hereditate viuentis*, Erf. 1719.

c) L. *vlt* C. *de pact. De quaestione tali a Caesariensi aduocatione interrogati sumus: Duabus vel pluribus personis spes alienae hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos deuoluendae; pactaque inter eos inita sunt pro aduentura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si ille mortuus fuerit, et hereditas ad eos peruenerit, certos modos in eadem hereditate obseruari, vel, si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum peruenerit, certas pactiones euenire. — Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae esse videntur, et plenae tristissimi et periculosi euentus. Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus obseruari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodauerit, et in ea vsque ad extremum vitae suae spatium perseuerauerit. Tunc etenim sublata acerbissima spe, licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones seruare: quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum. Iubemus etenim, neque donationes talium rerum, neque hypothecas penitus esse*

esse admittendas, neque alium quemquam contractum: cum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum nostrorum non patiatur. I. ROERHARD (Praes. V. SCHERER Diss. *de pacta successionis affirmatiuo ex L. fin. C. de pact. cum aliis textibus ad finibus ibidemque notatis ab interpretibus*, Ien. 1590. Ingeniose quidem V. I. SCHOTT. Crit. B. 1. S. 654. putat, solum consensum tertii non sufficere, sed eum etiam *testamentum secundum tenorem eiusmodi pacti conficere debere*, ast ea sententia toti orationi repugnat, et in verbo *iubente* respexit Iustinianus ad Constantini verba in *L. 2. C. Th. de fam. hercisc. sed si praecipiente matre bona eius inter se liberi diuiserint placuit.* — Cui accedit, quod *iussus* etiam de eo commode dici possit qui aliorum pactiones ratas aut irritas facere potest. Confirmat communem interpretationem textus Basilicus: — *nisi forte ipse, de cuius hereditate pactum est, sciat et pacto consentiat.* —

§. DCVII.

De pacto successorio dispositiuo super hereditate tertii defuncti.

Sin posterius, nimirum *si de hereditate tertii iam defuncti, adeoque de hereditate iam perfecte delata aliquis paciscitur*, cessio hereditatis dicitur, et haec valet, siue titulo onerosa *a*) et pretio interueniente, siue titulo gratuito fiat. Ponamus igitur venditam esse hereditatem, vel ea tamquam tempore emtionis venditionis iam delata, vel tamquam nondum delata venditur. *Hoc* in casu vel deinde reuera defertur, vel non. Priori in casu *pactum valet si tertii, incerti cuiusdam hereditas vendita est* (§. *praec.*), et venditor hereditatem delatam praestare debet. Posteriori vero vel tamquam spes seu tamquam alea vendita est, vel non. Si prius *nihil praestat venditor, neque adeo ad restitutionem pretii tenetur b*), nisi in dolo sit. Sin posterius *cessio hereditatis nulla c*) *est*, *et cedens*

pretium

pretium reſtituere debet. Illo in caſu *hereditatem praeſtare debet*, et ſi eam praeſtare nequit, aeſtumationem et damnum praeſtare debet *d*).

a) W. A. LAVTERBACH Diſſ. *ad tit. D. de hereditate vel actione vendita.* (Ei. *Collect. Diſpp. Vol. II. n.* 153.).

b) *L.* 11. *D. de hered. vel act. vend. Nam hoc modo admittitur eſſe venditionem, ſi qua hereditas, eſt tibi emta: et quaſi ſpes hereditatis. Ipſum enim incertum rei veneat, vt in retibus. L.* 12. *Hoc autem ſic intelligendum eſt, niſi ſciens ad ſe non pertinere ita vendiderit. Nam tunc ex dolo tenebitur.* add. *L.* 10. 13. *D. eod.*

c) *L.* 7. *D. eod. Quum hereditatem aliquis vendidit, eſſe debet hereditas, vt ſit emtio. Nec enim alea emitur, vt in venatione, et ſimilibus, ſed res, quae ſi non eſt, non contrahitur emtio, et ideo pretium condicetur,* add. *L.* 1. *eod.*

d) *L.* 8. *D. eod. Quod ſi nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emtori praeſtare debuit, ita diſtingui oportebit, vt, ſi eſt quidem aliqua hereditas, ſed ad venditorem non pertinet, ipſa aeſtimetur, ſi nulla eſt de qua actum videatur, pretium duntaxat, et ſi quid in eam rem impenſum eſt, emtor a venditore conſequatur.*

§. DCVIII.

Venditor eiusmodi hereditatis per ipſam hanc ceſſionem *heres fit defuncti*, et hereditatem adquirit (§. 427. *not. g*). Quapropter etiam *heres manet* et legatariis et creditoribus reſpondere tenetur, et tantum *aduerſus emtorem hereditatis* regreſſum ſuum habet *a*). *Emtor* itaque *heres non fit*, ſed tantum ex ceſſione venditoris iura heredis adipiſcitur. Et quamuis *emtor omne ius b*) *venditoris* conſequatur, tamen in dubio hereditas ſolum aeſtimatur *ex tempore venditionis*, id eſt, ea emolumenta ſolum emtor accipit, quae tempore venditionis heres iam adquiſiuerat in eiusque patrimonium redegerat *c*), indeque *emolumenta ex iure adcre-*

adcrescendi et substitutionibus heredi obuentura ad emtorem non pertinent, nisi nominatim de hoc actum sit. Licet quoque heres cum defuncto vnam personam repraesentet, atque adeo confusio iurium et obligationum inde oriatur (§. 428.), tamen *venditor id ab emtore exigere potest quod defunctus illi debet d*). Ad quae alias venditor et cedens tenetur, ad ea quoque venditor et cedens in hereditate cessa tenetur, praeterquam quod ad *euictionem singularum rerum hereditariarum* non teneatur *e*), nisi venditio ad rerum enumerationem seu indicem specialem inita sit; quoniam venditor non tam *singulas res* vendidit, quam potius *ius suum hereditarium* seu vniuersitatem iuris, et venditor non nisi cedere actionem et ius defuncti tenetur.

a) *L.* 2. *C. de hered. v. act vend.* (§. 434. *not. b.*) *L.* 2. *C. de legat.*

b) *L.* 2. *D. de hered. v. act. vend.* — *vt neque amplius, neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset.* §. 3. *Peruenisse ad venditorem hereditatis quomodo videatur? quaeritur. Et ego puto, antequam quidem corpora rerum hereditarium nactus venditor fuerit, hactenus videri ad eum peruenisse, quatenus mandare potest earum rerum persecutionem, actionesque tribuere.* — §. 4. *et non solum quod iam peruenit, sed et quod quandoque peruenerit restituendum est.*

c) *L. cit.* § 1. *In hereditate vendita vtrum ea quantitas spectatur, quae fuit mortis tempore, an ea, quae fuit, cum aditur hereditas, an ea, quae fuit, hereditas cum venumdatur, videndum erit? Et verius est, hoc esse seruandum, quod actum est. Plerumque autem hoc agi videtur: vt quod ex hereditate peruenit in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.* §. 2. *Illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendidit hereditatem, peruenit, ex emto actioni locum faciat? Et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est.* — *Plane si hoc actum sit, dicendum erit, etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.* G. L. MENCKEN

CKEN Diss. *de iure adcrescendi vendita hereditate ad emtorem pertinente*, Lips. 1747. (Ei. *opusc.* n. 9.). F. C. BEYER (Me *Praes.*) Diss. *de iure adcrescendi post venditam hereditatem, ad L.* 2. §. 1. *D. de hered. v. act. vend.* Hal. 1772. I. M. G. BESEKE Tr. *de alienatione hereditatis ad L.* 2. *D. de hered. vel act. vend.* Hal. 1774. I. L. E. PÜTTMANN Diss. *de iure adcrescendi ad emtorem hereditatis haud pertinente*, Lips. 1780. G. H. FEIL Diss. *de iure adcrescendi vendita hereditate penes emtorem remanente*, Goett. 1784. Meditt. 1. B. n. 8.

d) *L. cit.* §. 18. *Quum quis debitori suo heres exstitit, confusione creditor esse desinit. Sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere, et id circo teneri venditori hereditatis.* C. H. BREUNING Diss. *an venditor hereditatis debitum aditione hereditatis confusum recte exigat ab emtore*, Lips. 1772.

e) *L.* 1. *C. de euict. Emtor hereditatis rem a possessoribus sumtu ac periculo suo persequi debet. Euictio quoque non praestatur in singulis rebus, cum hereditatem iure venisse constet, nisi aliud nominatim inter contrahentes conuenit.*

§. DCIX.

De pactis successoriis restitutiuis.

Pacta successoria restitutiua ea sunt, *quae pro obiecto habent hereditatem alii restituendam*, idque triplici modo contingere potest 1) *si vnus paciscens alteri hereditatem suam promittit, hic vero vicissim promittit, se hereditatem ab altero acceptam tertio cuidam restituturum esse*, quod quum pactum adquisitiuum pro parte inuoluat, pacta autem adquisitiua non valeant (§. 605.), etiam *eiusmodi pactum iure romano non valebat.* 2) *Si quis paciscitur cum altero, se hereditatem alterius paciscentis ab intestato, aut ex testamento sibi obuenturam tertio restituere velle. Eiusmodi pactum quidem valet*, non tamen tamquam pactum, sed *tamquam fideicommissum.* 3) *Si ego alteri promitto, me proprias res meas*

meas post mortem meam tertio restituturum et *hoc* etiam *pactum non valet a*).

a) *L.* 38. §. 7. *D. de legat.* 3. *Mater filios heredes scripserat, et adiecit: praedia, quae ad eos ex bonis meis peruentura sunt, nulla ex causa abalienent, sed conseruent successioni suae; deque ea re sibi inuicem cauerent. Ex his verbis quaesitum est, an praedia per fideicommissum relicta videantur? Respondit* (SCAEVOLA) *nihil de fideicommisso propoui.*

§. DCX.

d) *De pactis conseruatiuis.*

Pacta successoria conseruatiua Iure Romano valida fuisse videntur. Namque non loquimur de illis pactis successoriis, conseruatiuis, quae simul sunt adquisitiua v. c. si successor ab intestato cum alio, cuius hereditatem ab intestato consequeretur, de hereditate sibi reliquenda paciscitur *a*) sed tantum de illis, quibus quis successionem perfecte sibi delatam, quam vero amittere poterat, sibi conseruat, vno verbo, *si liberi et parentes sibi inuicem per modum pacti causam exheredationis remittunt*, hacque ratione per pactum hereditatem sibi conseruant; et quum eius modi remissio semel facta irreuocabilis (§. 551), etiam nihil impedit, quo minus eiusmodi pactis valorem iure romano tribuamus.

a) Haec enim, aeque ac adquisitiua non valebant, neque obstat §. *vlt. I. de legit. adgn. success. L.* 18. *D. de adopt.* §. 3. *I. eod. L.* 11. *C. de legit. hered. L. vlt. C. de emanc. lib. L.* 132. *pr. D. de V. O.*

§. DCXI.

e) *De pactis successoriis renunciatiuis.*

Pacta quoque *successoria renunciatiua a*), quae a qui-

a quibusdam etiam *negatiua* nominantur, iure romano aeque non valebant, sed prohibita erant *b*). Sed quum moribus sustineantur (§. *seq.*) *ea quoque hodie inter priuatos valent*, sed 1) *strictae interpretanda sunt*, adeo *vt si is, in cuius fauorem renunciatio facta est, ante eum decessit, cuius hereditati renunciatum est, regressus renuncianti pateat*, 2) *descendentes renunciantis inde non obligantur, si renuncians ante parentes suos decedit, et eius liberi iure proprio succedere possunt* (§. 598 not. *d*), 3) *legitimae* quoque *hodie renunciari potest c*) nec 4) *propter laesionem licet enormem rescinditur renunciatio*.

a) a LEYSER Spec. 45. I. G. F. HACK Diss. *de pactis renunciatiuis*, Bamb. 1770. F. G. ZOLLER Diss. *de eo quod iustum est circa pacta successoria renunciatiua eorumque effectus*. Lips. 1772. H. G BAVER Diss. *pacto hereditatis renunciatiuo perfecto, ceteros renunciati legitimos heredes, renunciante remotiores, vel omnino non vel in sola legitima admittendos esse*, Lips. 1783.

b) L. 3. C. *de collat. Pactum dotali instrumento comprehensum, vt contenta dote, quae in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, iuris auctoritate improbatur, nec intestato patri succedere ea ratione prohibetur. Dotem sane quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet.* add. L. *fin.* D. *de suis et legit. hered.*

c) C. H. BREVNING Diss. *an renunciat. heredit paternae generalis contineat quoque renunciationem legitimae.* Lips. Holl. Ripr.

§. DCXII.

De vsu hodierno theoriae romanae de pactis successoriis.

Verum quidem est, *apud Germanos* plura pactorum successoriorum genera in vsu fuisse et adhuc

huc

huc hodie obuenire, sed negandum est, neque probari potest, *omnia in vniuersum pacta successoria statim obligationem ciuilem plenam produxisse et producere.* Potius tam diu regula manet pro iure romano, quamdiu contrarii mores clare non probari possunt. Sic negari non potest, 1) *inter nobiles et illustres semper obtinuisse pacta confraternitatis, pacta ganerbinatus, pacta in fideicommissa familiae inclinantia*, ex quibus etiam *maioratus primogenitura* et *minoratus* oriri possunt, sed 2) *inter priuatos eiusmodi pacta adquisitiua admissa et frequentata esse, dubio non caret*, quum potius semper *in dubio pro eorum inualiditate* et potius *semper pro testamento, quam pro pacto successorio praesumendum sit*, 3) attamen *inter priuatos* etiam et *non nobiles* semper obtinuerunt et adhuc hodie obtinent *pacta successoria inter coniuges* et *pacta inter parentes*, quibus successio liberis diuersorum matrimoniorum tribuitur, *inita*, quod posterius *vnio prolium* dicitur; 4) *pacta dispositiua ex solo iure romano aestimari debent a*), 5) *pacta vero renunciatiua iure hodierno in Germania etiam inter priuatos admittuntur, maxime, si iureiurando confirmata sunt b*), quod tamen posterius non vbique obtinet, et praesertim *in renunciationibus iudicialibus* non requiritur c).

a) V. Resp. fac. Vit. apud BERGER *Oec. I. L.* 2. *t.* 4. *th.* 48.

b) *c.* 2. *de pactis in* 6to: *Quamuis pactum patri factum a filia dum nuptui tradebatur, vt dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex ciuilis.* (§. *praec. n. b*): *si tamen iuramento non vi, nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem, omnino seruari debebit: cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.*

c) Vid. *Praei. Cam. Berol.* et E. d. G. E. n. 20. et 83.

CAPVT

CAPVT II.

Principia specialia de adquisita hereditate.

MEMBRVM I.

De oneribus heredibus propter adquisitionem hereditatis impositis.

§. DCXIII.

Cui hereditas aut ab intestato aut per testamentum delata est, posteriorem repudiare et priorem eligere potest *a*), modo id non fiat in fraudem legatariorum et fideicommissariorum (§. 581.). Qui vero semel hereditatem adquisiuit non solum omne aes alienum soluere, omnesque obligationes *b*), defuncti adimplere tenetur, (§. 428.), sed praeter *hoc onus hereditarium* etiam *ea adimplere debet quae ipsi libera ex voluntate imposuit defunctus.* Quare *onera hereditaria in genere* sunt *omnes praestationes, quas heres propter hereditatem adquisitam subire tenetur,* illaque dici possunt *necessaria*, a quibus testator heredem liberare non potest, *voluntaria* autem, quae a solo dependent testatoris arbitrio.

a) I. CREGVT Diss. *de herede caussam successionis omittente et immutante*, Marb. 1723.

b) F. G. STRVVIVS Diss. *de herede defunctum non praesentante*, Ien. 1605. C. P. STOLL *de facto defuncti ab herede non praestando*, Hal. 1681. H. N. FVNCCIVS Diss. *de herede defunctum in debitis pecuniariis non simpliciter repraesentante*, Rint. 1757.

Tit. I.

Tit. I.
De legatis.

§. DCXIV.

De notione atque speciebus legatorum.

Legata a) et *fideicommissa* ita a se inuicem *iure antiquo* differrebant, vt *legatum emolumentum b*) *hereditarium praeter heredis institutionem directam verbis ciuilibus* seu *directis relictum comprehenderet*, *fideicommissum* autem *idem illud*, sed *verbis precatiuis* seu *obliquis contineret*. Vtrumque emolumentum hereditarium, vel in parte quota hereditatis, vel in parte quanta consistebat. Priori in casu erat aut *legatum* aut *fideicommissum vniuersale*, posteriori autem *legatum* et *fideicommissum particulare*. Sed Iustinianus *c*) verborum differentiam sustulit, legataque, et fideicommissa particularia coniunxit *d*) eaque solum *legata*; simulque legata et fideicommissa vniuersalia coniunxit, et haec emolumenta solum *fideicommissa* vocari nunc solent. Post hanc igitur Iustiniani sanctionem distinguendum, vtrum emolumentum hereditarium praeter heredis institutionem directam, ex restitutione heredis directi percipiendum, *titulo vniuersali* adquirendum sit, vel non, seu *titulo singulari*. Priori in casu est *fideicommissum* et *fideicommissaria hereditas*, posteriori vero *legatum* dicitur.

a) H. Bodinus Diss. *de communibus Doctorum erroribus circa legata*, Hal. 1710. F. Ramos Prael. *in tit. D. de legatis et fideicommissis* 1. 2. 3. (Meerm. Thes. T. VII. p. 270. a Leyser Spec. 379. G. F. Krause Diss. *de legatorum varii generis indole atque effectu*, Vit. 1757.

b) Legata et fideicommissa hic *obiectiue* sumuntur. Alias autem *ipsam vltimam voluntatem nullam* denotant, qua emo-

emolumentum hereditarium praeter heredis institutionem directam alicui relinquitur. L. 116. D. *de legat.* 1. (§. 616. not. *a*) *L.* 36. *D. de leg.* 2.

c) *L.* 2. *C. commun. de legat. Omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis, vtile atque validum est, siue directis verbis, quale est* **iubeo** *forte, siue precatiuis vtatur testator, quale est* **rogo, volo, mando, fideicommitto.** — *Sit igitur ex omni parte verborum non inefficax voluntas, secundum verba legantis, vel fideicommittentis: et omnia quae naturaliter insunt legatis, et fideicommissis inhaerere intelligantur, et contra quidquid fideicommittitur hoc intelligatur, esse legatum.* — C. F. ROMANVS Diss. *de exaequatione legatorum et fideicommissorum a Iustiniano Imperatore facta*, Lips. 1752.

d) Excepta solum legata libertate §. 2. I. de sing. reb.

§. DCXV.

1) *Quis legare?* 2) *cui legari potest?*

Legatum igitur est emolumentum quod ex hereditate testatoris alii quam heredi debetur, vnde recte *delibatio hereditatis a*) dicitur. Possunt autem legata tanquam vltimae voluntatis dispositiones nudae, solum obuenire in testamento aut in codicillis. Vnde *legare* solum quoque possunt, qui testamentum et codicillos facere queunt *b*) (§. 510). *Legari* potest *iis solum, qui heredes institui possunt c*), praeterquam quod *intestabilibus alimenta per modum legati relinqui possint d*). *Incertis* personis legari non poterat, sed *iure nouiori etiam hi legata exigere possunt e*). Nec minus etiam *collegiis* legatur et *municipiis f*).

a) *L.* 116. *D. de legat.* 1. *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod vniuersum heredis foret, alicui quid collatum velit.* §. 1. *I. de legat.*

b) *L.* 1. *eod. Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis. L.* 2 *Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testandi ius habent,* add. *L.* 114. *pr.* §. 1. *eod.*

 c) §.

c) §. 24. I. de leg. *Legari autem solum illis potest cum quibus testamenti factio est.*

d) L. 11. D. de alim. vel. cib. leg. *Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia principis restitutus est. Respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta, et sequentium deberi ei.*

e) §. 25. I. de legat. *Incertis vero personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertae personae poterat relinquere. — Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator subiiciebat: quicunque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei heres meus illum fundum dato. — Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta et per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.* vid Tit. C. de incertis person. I. STRAVCH Diss. *de personis incertis*, Ien. 1671. rec. 1714. I. F. STARKE *singularia quae ad Theoriam et Prax. circa materiam legatorum personis incertis relictorum.* Seruest. 1753.

f) L. 73. §. 1. D. de leg. 1. L. 20. D. de reb. dub. M. D. GROLLMANN Diss. *de legato collegio relicto*, Giess. 1719.

§. DCXVI.

3) *A quo legari potest?*

Legatum iniungi potest non solum *heredibus directis* et *fideicommissariis* sed etiam ipsis *legatariis* et omnibus, *quibus ex liberalitate testatoris aliquid acceperunt*, eorumque *heredibus* a), non autem heredibus necessariis (§. 558), attamen *modo* quis *non plus oneretur, quam honoratus est* b). Sed si semel legatum percepit, *etiam vltra id, quod accepit*, obligatur c). Si quid *filio nascituro* d) legatur, singulis tantundem debetur, nisi contraria voluntas testatoris probari possit. Si autem *Titio et cognatis* legatum est, *non vnum* est legatum, sed *duae fiunt portiones*, et vna debetur Titio, altera cognatis, qui pro vna habentur persona d).

a) L.

a) *L.* 5. § 1. *D. de legat* 3. *Si quis non ab herede, vel legatario sed ab heredis, vel legatarii herede fideicommissum reliquerit, hoc valere benignum est.* G. MAIANSIVS Diss. ad *L* 5. *D. de leg.* 3. (Ei. Diss. T. 1. et 2.) add. *L.* 77. §. 1. *de leg.* 2, *L.* 1. § 6. *D. de leg.* 3.

b) *pr. I. de sing. reb. per fideic relict. Hoc solum obseruandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit. Nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.* add. *L.* 114. §. 3. *L.* 92. §. *vlt. L.* 122. §. *vlt. D. de legat.* 1.

c) *L* 70 §. 1. *D de legat.* 2. *Haec ita si quantitas cum quantitate conferatur. Enimuero si pecunia accepta rogatus sit, rem propriam, quamquam maioris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato praecepto, si velit computare: non enim aequitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.* add. *L.* 114. §. 3 *de legat.* 1.

d) *L.* 17. *D. de legat.* 1. *Si quis ita legauerit: si qua filia mihi genitur ei heres meus centum dato, pluribus natis videtur singulis tantundem legasse Quod ita accipiendum est, nisi euidens sit contraria sententia testatoris.*

e) *L.* 7. *D. de vsufr. adcr. Si quis Attio et heredibus suis vsumfructum legauerit, dimidiam Attius, dimidiam heredes habebunt. Quod si ita scriptum sit, Attio et Seio cum heredibus tres partes fient: vt vnam habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Seius. Nec enim interest ita legetur: illi et illi cum Meuio, an ita: illi et illi et Meuio.*

§. DCXVII.

4) *Quomodo? seu de modis legata relinquendi.*

Iure antiquo quatuor genera legatorum erant ratione modi seu formae, seu verborum conceptionis diuersa scil. legatum, 1) *vindicationis,* 2) *damnationis*, 3) *sinendi modo* et, 4) *per praeceptionem relictum* seu *praelegatum.* Sed Iustinianus discrimen horum legatorum sustulit *a*). Relinqui autem possunt 1) *sub conditione b*), quae in le-

 gatis

gatis idem operatur ac in heredis institutione directa (§. 531. *seq.*), 2) *sub die*, cuius iidem effectus sunt in legatis, quos in heredis institutione directa spectauimus (§. 525.), nisi quod legata sub quocunque *c*) die relinqui possint, quoniam inde testator non pro parte testatus, et pro parte intestatus decessisse videri potest. 3) *sub demonstratione*, quae est *descriptio rei vel personae, vt eo magis de testatoris voluntate constet*, indeque si de persona, aut de re legata iam aliunde satis constat, *falsa demonstratio non vitiat legatum d*). Quodsi autem demonstratio voluntatem ipsius testatoris dubiam reddit, vitiat legatum. Hoc contigit α) si demonstratio, quae falsa reperitur testatorem ad legandum vnice commouit *e*), β) si demonstratio a loco est desumta, atque in eo loco nihil reperitur *f*), 4) *sub causa*, quae est ratio, quae testatorem commouit. Et haec etiam legatum non vitiat, nisi alias testator legaturus non fuisset, quod praesumi potest, si causa a consanguinitate desumta, falsa deprehenditur *g*), 5) *sub modo*, de quo eadem hic repetenda sunt, quae supra posuimus (§. 536.).

a) §. 2. *I. de legat.* G. L. MENCKEN Diss. *de variis modis legata relinquendi*, Vit. 1729.

b) C. THOMASIVS Pr. *de comparatione Labeonis et Trebatii, et resolutione quaestionis: vtrum legatum, sub conditione amplexandae religionis pontificiae relictum, legatarius, etiam non impleta conditione, petere valeat?* Lips. 1684. (Ei. *Progr. p.* 13.). S. F. WILLENBERG Diss. *de legato sub conditione nuptiarum relicto*, Ged. 1722. (Ei. *exercit. Sabb. p.* 11. *n.* 30.).

c) *L.* 1. *D. de condit. et demonst. Legatis quae relinquuntur, aut dies incertus, aut conditio adscribitur, aut, si nihil horum factum sit, praesentia sunt, nisi si vi ipsa conditio insit* §. 1. *Cum dies certus adscriptus est, quamuis dies nondum venerit, solui tamen possunt, quia certum est, ea debitum iri.*

C

C. G. Gaertner Diss. *de iure legatorum in diem vel sub conditione relictorum*, Lips. 1728. I. H. Boehmer Diss. *de differ. legatorum purorum et non purorum praes. intuitu quartae legis Falc.* Hal. 1747.

d) §. 30. *I. de legat. Huic proxima est illa iuris regula: falsa demonstratione legatum non perimi, veluti si quis ita legauerit. Stichum seruum meum vernam do, lego. Licet enim non verna, sed emtus sit, si tamen de seruo constat, vtile est legatum. Et conuenienter, si ita demonstrauerit, Stichum seruum, quem a Seio emi, sitque ab alio emtus, vtile est legatum, si de seruo constat.* add. *L.* 33. *pr. L.* 34. *de condit. et demonst.* G. Mascov Pr. *de eo quod singulare est in demonstrationibus iuris ciuilis*, Goett. 1739. I. Wieger Diss. *de effectu demonstrationis legato adpositae*, Arg. 1749.

e) *L.* 4. *C. de hered. inst. Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus, suum esse credebat, non institutus, si alienum nosset, isque postea subditus esse ostensus est, auferendam ei successionem, Diui Seueri et Antonini placitis continetur.* F. C. Conradi Diss. (§. 518. *not. c.*). Struben 4 Th. Bed. 37.

f) *L.* 108. §. 10. *D. de legat.* 1. *Qui quinque in arca habebat, ita legauit, vel stipulanti promisit, decem, quae in arca habeo: et legatum et stipulatio valebit; ita tamen, vt sola quinque vel ex stipulatione, vel ex testamento debeantur. Vt vero quinque, quae deerunt, ex testamento peti possint, vix ratio patietur, nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatum videtur. Quodsi mortis tempore plena summa fuerat et postea aliquod ex ea deperierit, sine dubio soli heredi deperit. L.* 8. §. 2. *de legat.* 2. *Si quis legauerit ex illo dolio amphoras decem, etsi non decem sed pauciores inueniri possint, non extinguitur legatum. Sed hoc tantummodo accipit quod inuenitur.*

f) *L.* 4. *C. de hered. instit.* (*not. d*). *L.* 17. §. 2. *de cond. et demonst.*

§. DCXVIII.

De legatis poenae nomine relictis.

Ad legata conditionalia etiam pertinet *legatum* , *poenae*

poenae nomine a) relictum. Illud enim non est nisi *legatum conditionale, cuius praestationem testator alicui honorato iniunxit, ita vt illum ad contrariam actionem omittendam obligaret, quam directe et simpliciter illi iniungere non potuit.* Quod quidem iure Pandectarum non valebat, iure recentiori vero valet, modo conditionem nec physice nec moraliter impossibilem contineat *b*).

a) C. *van* BYNCKERSHOECK Comm. *de legatis poenae nomine relictis* (Ei. opusc. . G. H. AYRER Diss. *de emendatione definitionis legalis legatorum poenae nomine ad* §. 36. *I. de legat.* Goett. 1742. G. B. BECKMANN Diss *de legatis p. n. relictis,* Hal. 1748. I. G. SAMMET Diss. *de legatis p. n.* Lips. 1748.

b) §. 36. *I. de legat. Poenae quoque nomine inutiliter antea legabatur, et adimebatur, vel transferabatur. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis caussa relinquitur, quo magis aliquid faciat aut non faciat, veluti si quis ita scripserit: heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocauerit; vel ex diuerso, si non collocauerit, dato decem aureos Seio: aut si ita scripserit, heres meus, si seruum Stichum alienauerit, vel ex diuerso, si non alienauerit, Titio decem aureos dato. — Sed huiusmodi scrupulositas nobis non placet, et generaliter ea, quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relicta — nihil distare a ceteris legatis constituimus exceptis videlicet iis quae impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa.*

§. DCXIX.

5) *Quid legari potest? seu de obiecto legatorum.*

Legari possunt in genere *omnes res*, tam *corporales* (§. 627.) quam *incorporales* (§. *seq.*) *in patrimonio priuatorum positae a*), et tam *praesentes*, quam *futurae b*), sicut et *species* et *quantitates*, nec minus tam *res* quam *facta* hominum *c*). Quod in specie ad *factum* adtinet, tam factum heredis,

redis, quam alius hominis legato honorati, legari potest, modo sit physice et moraliter possibile et legatario vtile *d*).

a) §. 4. *I. eod. Sed si talis sit res, cuius commercium non est vel adipisci non potest, nec aestimatio eius debetur, veluti si campum Martium, vel basilicas, vel templa vel quae publico vsui destinata sunt, legauerit. Nam nullius momenti tale legatum est.* add. *L.* 39. §. 8. *de leg.* 1. *L.* 49. §. 2. *de leg.* 2. *Si vero legatarius solum commercium et ius possidendi non habet; res ipsa quidem legata non, bene vero aestimatio praestari debet. L.* 40. *D. de legat.* 1. *Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei, cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi.* H. B. *a* Beaufin Diss. *ad L.* 40. *D. de leg.* 1. (in Branchu *Obseruatt. ad I. R.*). C. E. Francke (Praes. C. H. Geisler) Diss. *de legato rei commercio exemtae*, Viteb. 1788.

b) §. 7. *I. de legat. Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur: veluti fructus, qui in illo fundo nati sunt; aut quod ex illa ancilla natum erit.*

c) M. G. Lichtwehr Diss. *de factis legatis*, Vit. 1748.

d) §. 21. *I. eod. Sed et tale legatum valet: damnas esto heres meus domum illius reficere vel illum aere alieno liberare. L.* 113. §. 5. *de leg.* 1. *Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, (veluti vestes, aut si qua alia supervacua vt in funus impendentur) non valere, Papinianus scribit.*

§. DCXX.

De rebus incorporalibus legatis.

Incorporales quoque res seu iura legari possunt. Ad eiusmodi legata pertinet etiam legatum *debiti*. Debitum autem triplici ratione obiectum esse potest legati 1) si testator id legat, quod ipse legatario debet, et hoc vocatur *legatum debiti*, 2) si testator suo debitori id legat, quod sibi debet, quod *legatum* dicitur *liberationis*, 3) si testator

ſtator id legat, quod alius ſibi debet, vnde *legatum nominis.*

§. DCXXI.

De legato liberationis.

Liberatio in genere legari poteſt, tam *ſi quis teſtatori quid debet*, quam *ſi legatarius alii debet*, et tam *perſonaliter*, quam *realiter*, tam *temporaliter* quam *in perpetuum*, tam *a debito* quam *ab indebito a*), tam *expreſſe*, quam *tacite*. Si legatur *indebitum* vel *abſolute tale*, vel *ſecundum quid tale* (§. 272.) eſt. Priori in caſu *liberatio ab indebito nullos plane effectus operatur*, ſiue certa quantitas adiecta ſit, ſiue non. Poſteriori vero in caſu *eum ſaltem effectum habere poteſt, vt pignora et fideiuſſores liberentur. Tacite* liberatio legatur, ſi v. c. chirographum legatur *b*), *pignore* vero legato debitum ipſum legatum non cenſetur. Regulariter hoc legatum *extinguitur*, *ſi viuus legans debitum exegit c*), et *accepit*, ſed quandoque ſecus *d*). *Vſurae* in legato hoc ceſſant *e*).

a) G Beyer Diſſ. *de legato liberationis ab indebito*, Vit. 1709. (in Ei. *Diſſ.* p. 183). I. Pundsack Diſſ. *de legoto lib. ab ind*, Goett. 1753. E. Otto Diſſ. *de lib. ab ind. legata*, Vltrai. 1735.

b) *L.* 1. *D. de liberat. leg. Omnibus debitoribus ea, quae debent, recte legantur, licet domini eorum ſint. Iulianus ſcripſit, ſi res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum, habereque eum actionem, vt pignus recipiat prius quam pecuniam ſoluat. Sic autem loquitur Iulianus, quaſi debitum non debeat lucrari. Sed ſi alia teſtantis voluntas fuit et ad hoc peruenietur exemplo luitionis. L.* 3. — *ſi quis decedens chirographum Seii Titio dederit, vt poſt mortem ſuam Seio det, aut ſi conualuiſſet, ſibi redderet, deinde Titius defuncto donatore Seio dederit, et heres eius petat debitum, Seius doli exceptionem habet.*

c) §. 21. I. de legat. L. 7. §. 4. D. de lib. leg. *Liberatio autem debitori legata ita demum effectum habet, si non fuerit exactum id a debitore, dum viuat testator. Ceterum si exactum est, euanescit legatum.*

d) L. 11. §. 13. D. de legat. 3. *Si quis nomen debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo quasi vellet extinguere fideicommissum, poterit dici deberi. Cum enim quidam nomen debitoris exegisset, et pro deposito pecuniam habuisset, putaui, fideicommissi petitionem superesse, praesertim quia non ipse exegerat, sed debitor vltra pecuniam obtulerat, quam offerente se ipso non potuit non accipere.* C L. CRELL Diss. *Legatum liberatio. is spontanea solutione non extingui, ad L. 11. §. 13. D. de legat.* Vit. 1741. (*fasc.* 8. *n.* 52.)

e) Beytr. z. j. Litt. S. 6. S. 106. **Glück und Geiger** Meiſtw. Rechtsſ. n. 2.

§. DCXXII.

De legato debiti.

Si testator legatario legat, quod ipse testator legatario debet, *legatum debiti a*) seu *etiam crediti* vocatur (§. 619.), illudque hunc effectum solum generalem habet, *vt, si debitum hoc exceptione aliqua destrui possit, illa deficiat, et debitum ex legato peti possit b*), sicuti etiam *debitum in diem et conditionale inde purum fiat*, nec non *creditori chirographario nunc hypotheca competat.* Praeterea autem vel certa quantitas expressa est, vel non. Priori in casu *id operatur, vt, etiamsi testator nihil debeat aut minor quantitas debeatur, tamen legata quantitas praestari debeat.* Posteriori vero vel testator reuera legatario aliquid debet, vel non. Illo in casu *praeter effectum generalem nihil operatur.* Hoc vero in casu *legatum plane inutile est.* Si vero debitor creditori suo legat absque mentione debiti, legatum et praeterea quoque debitum exigere potest legatarius *c*), sed compen-

sari

sari debet legatum cum dote filiae promissa *d*), cuius rei ratio in eo posita videtur, quod alias dos collationi subesset, quae vero collatio in legata dote cessat (§. 599.). Quod autem vxor etiam legata in successione Iustinianea (§. 466.) in portionem legibus determinatam imputare debeat, neque huius est loci, neque etiam verum *e*) continet debitum.

a) E. A. Pagenstecher Diss. *de legato debiti*, Wetzl. 1723. I. F. Wahl Pr. *de legato debiti inter plures heredes diuidundo*, Goett. 1751. H. F. Schorch Pr. *de legato debiti*, Erf. 1753. C. Rau Diss. *de legato debiti*, Lips. 1788.

b) *L.* 13. *D. de libr. leg. Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri potuerat, legauerit, quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. At si idem debitor creditori legauerit, intelligendum erit, exceptionem eum remitti creditori voluisse. L.* 13. *Idem est etsi in diem debitor fuit vel sub conditione.*

c) *L.* 85. *D. de leg.* 2. *Creditorem, cui res pignoris iure obligata, a debitore legata esset, non prohibere pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis euidenter non ostenderetur.* I. G. Krause Diss. *de legato in debitum haud compensando*, Vit. 1740. I. G. Waldschmidt Diss. *de legato creditori relicto in debitum imputando*, Marb. 1715. Baver Diss. *an legatum a debitore creditori relictum debiti compensati praesumtionem inducat?* Lips. 1762.

d) *L.* 22. §. 3. *D. solut. matrim. Si pater, filia absente, de dote egerit — filiae denegari debet actio, siue patri heres exstiterit, siue in legato tantum acceperit, quantum dotis satis esset. Et ita Iulianus pluribus locis scribit, compensandum ei in dotem quod a patre datur.*

e) Et insuper quod in *Auth. praeterea C. vnde vir et vxor*, adiicitur — *et imputabitur legatum in talem portionem* in ipsa *Nou.* 117. *c.* 5. non inuenitur.

§. DCXXIII.

§. DCXXIII.

De legato dotis et quidem dotis restituendae.

Ad legatum debiti quoque pertinet *legatum dotis.* Dos triplici ratione obiectum legati esse potest, 1) *legatum dotis constituendae* §. seq. 2) *legatum dotis non restituendae*, si vxor maritum a restitutione dotis liberat, 3) *praelegatum dotis a)*, si maritus dotem acceptam relegat, cuius effectus sunt: 1) *si vxor dotem intulit, dos statim est restituenda, neque heredes mariti impensas vtiles et voluptuarias, in rem dotalem forsan factas, repetere possunt, sicuti etiam lucrum dotale cessat b)*; 2) *si vxor dotem non intulit, sed solum marito promissa erat, vidua fructus et vsuras dotis promissae lucratur*, quum alioquin haec omnia ad heredes mariti pertinerent. 3) Si quidem *vxor dotem non intulit, attamen testator certam quantitatem expressit, falsa demonstratio non officit legato c), sed heredes, quamuis vxor nihil intulerit, quantitatem legatam praestare debent;* 4) si vero *neque vxor dotem intulit, neque testator certam quantitatem determinauit, inutile est legatum* (§. *praec.*)

a) A. M. s. D. Balck Diss. *de praelegato dotis*, Franeq. 1731.

b) *L. 1. §. 1. D. de dot. prael. Cum dos relegatur, verum est id dotis legato inesse, quod actione de dote inerat. Et ideo si inter virum et uxorem conuenerat, vt morte viri soluto matrimonio, filio communi interueniente, dos apud mariti heredem remaneret et maritus decedens dotem relegauerit: stari pacto non debet ob hoc, quod dos relegata est. — Et verum est, commodum in dote relegata esse repraesentationis, quamuis annua die dos praestaretur. L. 5. D. eod. Dote relegata non est heres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre, vel ob impensas alias, quam quae ipso iure dotem minuunt. Aliud est enim minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit: aliud pignoris nomine retineri dotem ob ea, quae mulierem inuicem praestare aequum est.*

c) *L. 8. §. 15. eod. §. 15. I. de legat.*

§. DCXXIV.

§. DCXXIV.

De legato dotis constituendae.

Posteriori in casu, si dos ex bonis testatoris feminae alicui legatur, *legatum dotis constituendae a)* nuncupatur, illudque operatur, vt si 1) *extraneae personae* relictum est *b) conditionale legatum sit*, et *ante nuptias contractas* peti nequeat, 2) si vero *filiae* relictum est *purum censetur*, quoniam eo animo factum creditur, vt aut praecipuum habeat, aut filiabus iam elocatis exaequetur, 3) *vt etiam valeat, licet quantitas non expressa sit* (§. praec.), quoniam voluntas testatoris exitum adhuc habere potest, quum iudex quantitatem *pro conditione nubentis feminae* determinare possit, et debeat.

a) G. Freytag Consil. *vtrum legatum dotis filiae factum purum an conditionale habeatur.* Colon. 1615. D. Nettelbladt Diss. *de leg. dotis constituendae*, Hal. 1750. rec. 1769.

b) L. 71. §. 3. *D. de cond. et demonstr. Titio genero meo, heres meus, dotis Seiae filiae meae nomine centum dato. Legati quidem emolumentum ad Seiam, quae dotem habere incipit, pertinebit, sed quia non tantum mulieri, sed Titio quoque, cui pecuniam legauit, consultum videtur, prope est, vt ipse legatarius intelligatur, et legatum petere debeat. — Ante nuptias vero Titio, vel muliere defunctis, legatum apud heredem manet. Quod si nolit eam vxorem ducere, causa legati, quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intelligetur* (§. 533. not. *d*). add. *L.* 51. *eod.*

§. DCXXV.

De legato nominis.

Legato nominis a) id a testatore legatur, quod tertius testatori debet (§. 619.), illudque eum habet effectum, *vt heres cedere debeat actionem, quam testator habebat b)*. Quare *euictionem* heres *non praestat*, indeque siue sit bonum nec ne, et siue sit verum siue non, perinde erit, et legatum erit inutile

utile si debitor nihil debet aut soluere nequit, sicuti et in eo casu inutile est, si testator dixerit: *quidquid Titius mihi debet*, Titius autem nihil debet. Legatum quoque nominis non comprehenditur sub legato *rerum in certo loco existentium*, adeo vt in hoc legato; *quaecunque ibi erunt*, nomina non subintelligantur *c*).

a) a LEYSER Spec. 393. *de legato nominis.*

b) L. 75. §. 1. D. de legat. 1. *Si mihi quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, nullum est legatum, et quidem si quantitas non sit adiecta, euidenti ratione nihil debebitur.* — §. 2. *Quod si addideris, decem quae mihi Titius debet lego, sine dubio nihil erit in legato. Nam inter falsam demonstrationem et falsam causam multum interest. Proinde et si Titio decem: quae mihi Seius debet, legauero, nullum erit legatum. Esse enim debitor debet. Nam et si viuus exegissem, extingueretur legatum. Et si debitor maneret, actiones aduersus eum heres meus duntaxat praestare cogeretur.*

c) L. 86. D. de legat. 1. *Si ita legatum est: domum quaeque mea ibi erunt, cum moriar, nummos ad diem exactos a debitoribus, vt aliis nominibus collocarentur, non puto legatos esse. Et Labeonis distinctionem valde probo, qui scripsit, nec quod casu abesset, minus esse legatum, nec quo casu ibi sit, magis esse legatum.*

§. DCXXVI.

De seruitute legata.

Seruitus quoque, et quidem aut tanquam realis, aut tanquam personalis legari potest *a*). Priori in casu *legatum seruitutis id potissimum operatur vt traditione ad ius reale adquirendum non opus sit*, et si *pluribus heredibus* eius praestatio iniuncta est, *singuli in solidum teneantur*, quia seruitus partem non recipit. Posterior vero operatur, vt in *vsufructu legato*, 1) *obtineat ius adcrescendi personale b*) *et extraordinarium* (§. 437.) adeoque post mortem

vnius

vnius vsufructuarii eius portio ad alterum collegatarium transeat, 2) *etsi vnus legatarius suam portionem in iudicio amiserit, tamen hic habet ius adcrescendi ratione alterius portionis c)*, 3) *vsusfructus omnium bonorum non intelligitur nisi deducto aere alieno d)*.

a) a LEYSER Spec. 385.

b) L. 1. §. 4. D. *de vsufr. adcresc. — si duobus heredibus institutis deducto vsufructu proprietas legetur, ius adcrescendi heredes non habere. Nam videri vsumfructum constitutum, non per concursum diuisum.*

c) L. 10. *eod. Interdum pars vsusfructus et non habenti partem suam, sed amittendi accrescit, — vsusfructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus.*

d) L. 43 *de vsu et vsufr. et red* Nibil (al. multum) *interest, vtrum bonorum quis an rerum tertiae partis vsumfructum legauerit. Nam si bonorum vsusfructus legabitur, etiam aes alienum ex bonis deducetur, et quod in actionibus erit, computabitur At si certarum rerum vsusfructus legatus erit, non idem obseruabiaur.* M. G. BAVER Diss. *de leg. vsusfr.* Lips. 1795.

§. DCXXVII.

De rebus corporalibus legatis. De legato generis optionis atque electionis.

Res corporalis si legata est (§. 619.), vel tanquam species seu res indiuidualis legata est, vel non. Priori in casu, est *legatum speciei* seu *species legata*, posteriori vero, *legatum generis a)* seu *genus legatum* dicitur, siue genus numero definitum, adeoque *quantitas* legata sit, siue non. *Genus* legatum vel in hereditate testatoris existit, vel non. Posteriori in casu *legatum*, *nisi testator aliud diserte declarauerit*, inutile est *b)*, sine distinctione, vtrum genus determinationem suam accipiat a *natura*, aut a *facto hominum c)*. Priori vero, vel testator, si non

non totum genus legatum est, disertis verbis eligendi facultatem legatario concessit, vel non. Illo in casu est *legatum optionis d*), in quo legatarius *optimum eligere potest d*), si autem semel optauit, variare nequit *e*), modo rem alienam non optauerit *f*) aut omnes res huius generis exhibitae fuerint *g*), atque *si legatarius viuus non elegit, heres eligere potest*, denique si plures heredes inter se circa rem optandam dissentiunt, *fortuna optionis* iudex est, ac sorte res dirimenda *h*). Hoc vero in casu, testator vel tertio optionem reliquit, vel non. Si prius *tertius optimum eligere potest*, et si decesserit ante optionem *electio mediocris competit legatario i*). Sin posterius *heres eligit*, non autem *pessimum* dare potest *k*). Optio iure antiquo *actus legitimus* erat, vnde ad heredes non transibat, quod secus iure nouiori.

a) G. Maiansius Diss. 69. *de incertis legatis*. C. Bierdemann Diss. *de leg. gen. sec. Ius commune et Bor. Brand.* Hal. 1794.

b) L. 71. D. *de leg.* 1. *Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adiectum, quae domus, cogentur heredes quam volent domum ex his, quas testator habebat, legatario dare. Quod si nullas aedes reliquerit, magis derisorium est quam vtile legatum.* add. Pavll *rec. sent. tit.* 6. §. 13.

c) Leges quas adferunt, vt *L.* 13. *et* 37. *de leg.* 1. loquuntur de homine legato incerto, sed nihil impedit, quominus eas etiam LL. de eiusmodi rebus intelligamus, quae in hereditate testatoris inueniuntur.

d) L. 2. D *de opt. vel. elect. leg. Quoties serui electio vel optio datur, legatarius optabit quem velit. Sed et homine generaliter, arbitrium eligendi, quem acciperet, ad legatarium pertinet.* P. C. G. Andreae Diss. *de legato optionis*, Lips. 1798.

e) L. 20. D. *eod.* — *Cum ita legatum est: vestimenta quae volet, tricliniaria sumito, sibique habeto: si is dixisset quae vellet, deinde antequam ea sumeret, alia se velle dixisset, mutare*

tare voluntatem eum non posse, vt alia sumeret, — quoniam res continuo eius fit, simulac si dixerit eam sumere.

f) L. 29. § 3 *de legat.* 3. *Si heres tibi, seruo generaliter legato, Stichum tradiderit, isque a te euictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, vt habere non possis.*

g) L 29. § 3. *de legat.* 3. *Scyphi electione data, si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet: nisi ex his duntaxat eligere voluisset, cum sciret et alios esse.*

h) §. 23. *I de legat.* L. 3 *pr. C. commun. de legat.*

i) L. 3. §. 1. *C. comm de legat.* — *censemus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere iussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, — ipsi legatario videri esse delatam electionem ita tamen, vt non optimum ex seruis vel aliis rebus quidquam eligat sed mediae aestimationis, ne dum legatarium satis esse fouendum existimamus, heredis commoda defraudentur.*

k) L 45. §. 1. *de legat.* 1. L. 43. §. 3. *de legat.* 2. L. 40. *de legat* 1. — *sed quoniam illud verum est, heredem in hoc teneri, vt non pessimum det.* —

§. DCXXVIII.

De legato annuo.

Legatum annuum a) comprehendit *emolumenta singulis annis praestanda* et vel *temporale* quod cum morte legatarii exspirat *b*) et hoc praesumitur, vel *perpetuum*, si *heredibus* quoque *legatarii* aut *vniuersitati relicta sunt emolumenta.* Idem quoque valet de *menstruis legatis.* Distinguendum autem *legatum annuum, a legato certae quantitatis, cuius soluto per certos annos est distributa c*). Nam *posterius vnum* solum legatum est, adeo vt, si legatarius testatorem semel superuixerit, statim totum legatum in heredes legatarii transeat, licet reliquos annos non adtingat; in *legato annuo* autem *plura* continentur legata *d*), et ideo legatarius illius anni

anni praestationem solum exigere potest, in cuius initio legatarius vixit: interim totum huius anni legatum in heredes suos transmittit, licet in primis diebus huius anni decesserit. *Computatur annus a die mortis* testatoris, nisi aliud expressum sit. Legatum hoc praestandum est in *quantitate* et *loco*, quam testator definiuit. *Quantitate non determinata*, id sumitur, quod solitus fuerat, et si hoc non adparet, ex dignitate personae determinatur *e*). *Loco non definito*, praestandum est, vbi legatarius petit *f*), quod singulare est. De praescriptione huius legati in theoria de praescriptione dicendum.

a) a LEYSER Spec. 383. I. E. LINK Diss. *de collatione annui legati et vsusfructus*, Arg. 1742.

b) L. 8. D. *de ann. legat. In singulos annos relictum legatum simile est vsufructui, cum morte finiatur. — Illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cuiuslibet anni, si decesserit legatarius, eius anni legatum heredi suo relinquit, quod in vsufructu non ita est.* —

c) L. 10. D. *quando dies legat. ced. Si cum praefinitione annorum legatum fuerit, veluti: Titio dena vsque ad annos decem, Iulianus — scribit, interesse, et si quidem alimentorum nomine legatum fuerit, plura esse legata, et futurorum annorum legatum legatarium mortuum ad heredem non transmittere. Si vero non pro alimentis legauit sed in plures pensiones diuisit exonerandi heredis gratia: hoc casu ait omnium annorum vnum esse legatum: et intra decennium decedentem legatarium etiam futurorum annorum legatum ad heredem suum transmittere. Quae sententia vera est.*

d) L. 4. D. *de ann. leg. Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait. Et primi anni purum, sequentium conditionale. Videri enim hanc inesse conditionem, si viuat, et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.* add. L. 5. 6. 11. *eod.*

e) L. 14 D. *eod.* L. 22. D. *de alim. leg.*

f) L. 1. *de ann. leg.*

 §. DCXXIX.

§. DCXXIX.

De tritico, vino et oleo legato.

Triticum, vinum, oleum, adeoque etiam omnes res eiusdem indolis, vel addita quantitate et qualitate legata sunt, vel non, seu generatim. Posteriori in casu *omne id quod in hereditate tempore mortis testatoris ex re legata existit, legatum censetur a*) Si nihil reperitur, nihil debetur. Priori vero vel vtrumque determinatum est, vel solum aut quantitas aut qualitas. Illo in casu *voluntas testatoris est adimplenda*, hoc vero *qualitate solum expressa* id tantum debetur *quod eiusdem qualitatis in hereditate reperitur*, si nihil adest, nihil quoque debetur, *quantitate* autem *solum expressa*, *quantitas* quidem *praestanda est*, sed *qualitas ab arbitrio heredis dependet b*), nisi legatario optio legata sit. Si *vetus vinum legatum est c*) primum ad vsum testatoris respiciendum, et deinde vinum prioris anni subintelligitur. Vino legato et *vasa tanquam accessoria debentur d*). Si *certa quantitas vini ex certo loco relicta*, et ibi nihil natum est, nihil, aut id tantum debetur, quod natum est, nisi demonstrationis solum causa fundus adiectus sit *e*).

a) *L. 7. D. de trit. vin. legat. Quidam heredem damnauerat dare vxori suae vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta — omne, quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant.* — I. E. Link, Diss. *de aceto legato*, Arg. 1725.

b) *L. 2. §. 1. L 3. L. 4. eod. Cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo vti solitus fuerit testator, aut cuius generis oleum istius regionis homines in vsu habeant: et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario soluere.*

c) *L. 10. eod. Ex vsu testatoris legatum aestimabitur, i. e. et anni prioris vinum appellatione veteris continebitur.*

d) L

d) L. 14. eod. *Vino legato ea demum vasa sequuntur, quae ita diffusa sunt, vt non ad perpetuum vsum vasa reseruarentur, veluti amphorae et cadi.* add. L. 15. eod.

e) L. 5. eod. L. 8. §. 2. de leg. 2. L. 27. §. 2. de leg. 3. L. 12. D. de alim. leg.

§. DCXXX.

De instructo vel instrumento legato.

Legari quoque potest *fundus instructus a)* et *fundus cum instrumento.* Instrumentum complectitur *adparatum rerum quae ad agriculturam et ad possessionem fundi exercendam pertinent b). Instructus* autem comprehendit *omnia illa, quae testator ibi vsus ordinarii causa, seu vt fundus instructior c) esset habuit.* Posterius igitur latius patet, quam prius, et omnia quae ibi inueniuntur, legatario debentur, exceptis solum iis quae non vsus sed *custodiae causa* ibi sunt, quae tamen legatario debentur, si fundus legatus est *cum omnibus quae ibi sunt d)* **wie es steht und liegt,** vbi tamen nec nomina nec documenta ad fundum non spectantia, nec pecunia foenerandi gratia reposita, nec merces ad vendendum paratae, si defunctus cum iis commercium exercuit, debentur *e).* Interest, vtrum *fundus cum instrumento,* an *fundus et instrumentum* legetur. Nam in priori casu instrumentum est *instar accessionis,* et fundo extincto *peti non potest f).* Apud *nos* fundum instructum commode designare potest formula **das Guth mit allen seinen Zubehörungen, mit völliger Einrichtung, wie es eingerichtet und bestellt ist, mit dem Guths-Inventarium** quod comprehendit **Haus- Feld- Vieh-Inventarium,** et fundum cum instrumento, **das Guth mit seinem Wirthschafts-** Inuentario, quod continet **Feld- und Vieh-** Inventarium. Quae speciatim

ad vnum alterumue praesertim in Germania pertineant, ex moribus regionum *g*) diiudicandum.

a) a LEYSER Spec. 388. F. I. FABER Diss. *de legato fundi in genere relicti*, Duisb. 1757.

b) *L.* 12. *D. de inst. vel. instr. leg. — instrumentum est adparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequit possessio — sed ego puto, et frumentum et vinum ad cibaria paratum instrumento contineri. Item nonnullis visum est frumentum quod serendi causa sepositum est instrumenta contineri. — Conseruandi fructus causa veluti granaria — vrceos, capsellas — sed et ea quae exportandorum fructuum causa parantur, instrumenti esse constat; veluti iumenta et vehicula et naues, et cupae et culei. — —*

c) *L.* 12. §. 27. *Sed quod de artificibus* (legato non contineri) *ait, falsum est, si eius domus causa parati sunt, licet aliis quoque praediis commodabantur. Idem respondit: domo instructa legata, mensas eboreas, et libros non contineri. Sed et hoc falsum est. Nam omne quidquid in domo fuit, quo instructior ibi esset paterfamilias, continebitur. Supellectilem autem patris familias instrumentum esse nemo dubitabit.*

d) *L.* 27. §. 3. *eod.*

e) *L.* 44. 92. *de leg.* 3. *L.* 32. *D. de vsu et vsufr.*

f) *L.* 5. *D. de instr. vel instr. leg. — inter ea legata hoc interest, quod si fundo alienato mortuus fuerit, qui ita legauit ex hac scriptura, fundum cum instrumento; nihil erit legatum. Ex ceteris poterit instrumentum esse legatum.* add. *L.* 1. §. 1. eod.

g) *L.* 18. §. 3. *eod. Optimum ergo esse Pedius ait non propriam verborum significationem scrutari: sed inprimis, quid testator demonstrare voluerit: deinde in qua praesumtione sunt, qui in quaqua regione commorantur.*

§. DCXXXI.

De peculio, de penu, de suppellectile legata.

Seruo legato cum peculio, et alienato vel manumisso vel mortuo, *legatum etiam peculii extinguitur a*), quod in Germania nullum habet vsum. *Penoris*

Penoris legatum Vorrath an Essen und Trinken comprehendit *omnia quae testator habuit, vt suo suorumque esui potuique, eius praeparationi et conseruationi inseruiant*, adeoque et *vasa penuaria, ligna, carbones b)*, indeque ad hoc legatum non pertinent quae venditionis causa habuit testator *c)*. *Suppellex* denotat *adparatum rerum quibus testator non tam ad necessitatem quam ad commoditatem oeconomicam ordinarie vsus est*. Aurum et argentum primis temporibus non complectebatur sed nouior aetas etiam hanc suppellectilem recepit, modo quotidie eodem vti solebat testator *d)*. Non autem continet hoc legatum *instrumentum artificiale* das Handwerkszeug. Nostra vernacula verti solet der Hausrath, das Hausgeräthe, Meubles.

a) L. 1. *D. de pecul. leg. Nam quae accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremtae fuerint. L.* 3. *At si ancilla cum suis natis legata sit, etiam mortua ea, — nati ad legatarium pertinebunt, quia duo legata sunt separata.*

b) L. 3. *D. de penu. legat. Qui penum legat, quid legato complectatur, videamus. Et Q. Mucius scribit — penu legata contineri quae esui potuique sunt — quae bonum patrisfamilias, vxoris, liberorumue eius, vel familiae, quae circa eos esse solet, item iumentorum, quae domini ci esus caussa parata sunt: — etiam quae esui potuique non sunt — vt puta in quibus esse solemus, oleum forte, garum, muria, mel, ceteraque similia.* — *a* LEYSER Spec. 389.

c) L. cit. — Commode in nostra vernacula verti nequit, licet STRYCKIVS id subintelligat sub Eß- und Trinkwaaren.

d) L. 7 §. 1. *D. de suppell. leg. Tubero hoc modo demonstrare suppellectilem tentat, instrumentum quoddam patrisfamilias rerum ad quotidianum vsum paratarum quod in aliam speciem non caderet, vt verbi gratia: penum, argentum, vestem, ornamenta, instrumenta agri et domus. Nec mirum est, moribus ciuitatis et vsu rerum appellationem eius mutatam esse. Nam fictili aut lignea, aut vitrea aut aerea denique supellectili*

ctili vtebantur: nunc ex ebore, atque testudine, et argento, iam ex auro etiam atque gemmis supellectili vtuntur. Strub. 4. Th. B. 49.

§. DCXXXII.

De alimentis vel cibariis legatis.

Cibaria a) legata complectuntur ea, quae ad cibum potumque pertinent, non vero habitationem neque vestiarium *b*), *alimenta* vero haec, et omnia, quae ad vitam sustentandum sunt necessaria, non vero sumtus funeris et ea quae ad disciplinam pertinent *c*), nisi expresse testator ita disposuerit, aut defunctus ad ea subministranda obligatus sit. Ceterum 1) *alimenta simpliciter relicta ad dies vitae debentur d*), etiamsi in metallum damnatus sit, 2) *vsque ad pubertatem relicta durant vsque ad XVIII annum e*), quod *pubertatem plenam* dicere solent, 3) *ex fundo praestanda hunc ipsum iuri pignoris obnoxium reddunt, et quamuis ipsum praedium deficiat, vel minores reditus sint, integra tamen debentur f*), 4) *generali legatorum ademtione facta, hoc legatum alimentorum tamen ademtum non censetur g*).

a) *a* Leyser Spec. 391. W. G. I. Renavd Diss. *de alimentis legatis*, Vltrai. 1773.

b) *L.* 21. *D. de alim. vel cib. leg. Diariis vel cibariis relictis neque habitationem, neque vestiarium, neque calciarium deberi palam est, quoniam de cibo tantum testator sensit.*

c) *L.* 6. *eod. L.* 4 *D. vbi pup. educ L.* 6. §. 5. *de Carb edict.*

d) *L.* 22. *pr. eod. Cum alimenta per fideicommissum relicta sunt, non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare: deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit: si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti, et caritate eius cui fideicommissum datum erit, modus statui debet.*

e) *L.* 14. §. 1. *de alim. vel cib. leg.*

f) *L.*

f) *L.* 2. §. 1. *L.* 12. *eod.* — *testator cauit: obligatos eis ob caussam fideicommissi fundos meos illum et illum, vt ex reditu eorum alimenta supra scripta percipiant, quaesitum est, an si quanto minores reditus peruenerint, quam est quantitas cibariorum et vestiariorum, heredes ad supplendam eam onerari non debeant: vel, si alio anno excesserint, an supplendum sit, quod superiore anno minus perceperint. Paulus respondit, cibaria et vestiaria libertis defuncti integra deberi, neque ex eo quod postea praedia his pignoris iure testator obligare voluit, vt ex reditu eorum alimenta perciperent, minuisse eum vel auxisse ea, quae reliquerat, videri.*

g) *L.* 18. §. 3. *eod.*

§. DCXXXIII.

De auro, argento, mundo, ornamentis, vnguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis.

Aurum et *argentum* generaliter legatum *infectum* aeque ac *factum* comprehendit *a*) quod sub alio genere non continetur, si vero *certum pondus* auri vel argenti relictum est, *infectum* solum intelligitur. Ad aurum vel argentum *signatum* etiam numismata pertinent. Legatum *mundi* continet omnia ea, quae ad munditiem spectant, v. c. specula, matulae, vnguenta, vasa vnguentaria, lauatio, viscus *b*). *Ornamenta* legata complectuntur *omnia quibus mulieres venustatis et ornatus causa vtuntur c*). *Vnguentorum* nomine veniunt in sensu speciali, *quibus valetudinis causa vnguimur d*). *Vestimentorum* legato continentur omnia, quae tegendo corpori inseruiunt ex quacunque demum materia confecta sint *e*). *Statuae* quoque legari possunt *f*). Praestandum solum est ex his omnibus quod in hereditate reperitur *g*).

a) *L.* 19. *D. de aur. arg. mund. Cum aurum vel argentum legatum est, quidquid auri argentique relictum sit, legato continetur, siue factum siue infectum. Pecuniam autem signatam placet eo legato non contineri.* — §. 3. *Argento facto legato,*

legato, Q. M. ait, vasa argentea contineri veluti parapsidas, acetabula, trillas, pelues et his similia, non tamen quae suppellectilis sint. — —

b) L. 25. §. 10. D. *eod.* L. 32. §. 7. D. *eod.*

c) L. 25 §. 10. *eod Ornamenta muliebria sunt, quibus mulier ornatur: veluti inaures, armillae, viriolae, anuuli praeter signatorios, et omnia quae ad aliam rem nullam parantur, nisi corporis ornandi causa, — vittae, mitrae, semimitrae, calautica, acus cum margarita, quam mulieres habere solent, reticula, crocafantia: sicut mulier potest esse munda non tamen ornata.*

d) L. 25. §. 12. *eod.*

e) L. 23. 24. 25. *eod.*

f) L. 1. *pr. eod Idem et si duae statuae marmoreae tibi, et deinde omne marmor legatum esset, praeter duas, nulla statua marmorea legata est tibi.* C. H. Brevning Diss. ad h. l.

g) L. 38 *eod Titia testamento item codicillis multas species tam argenti quam vestis specialiter per fideicommissum reliquit. Quaero an non aliae species legato cedant, quam quae in hereditate inuentae essent. Respondit eas cedere, quae inuentae essent.* C. H Brevning Diss. *de vsu sententiae* Scaev. *in* L. 38. *de aur. arg. mund. leg.* Lips. 1755.

§. DCXXXIV.

De legato rei alienae.

Si *res aliena a)* est legata, vel testator sciuit rem legatam esse alienam, vel non. Posteriori in casu *legatum inutile est b)*, nisi 1) *testator rem ad ipsum heredem pertinentem legauit c)*, 2) *si proximae personae vel vxori legauit d)*; vel *alii etiam personae;* in quibus casibus probatio scientiae opus non est. Priori vero operatur 1) *vt si testator ius quoddam in re legata aliena habuerit, hoc legatum censeatur e)*, 2) *si nullum ius testator habuit, heres* aut *rem iusto pretio redimere et ipsam rem praestare debet,* aut 3) *iustam aestimationem*

tionem boni viri arbitrio determinandam legatario praestare debet *f*) 4) *legatum rei legatario propriae illum effectum adhuc habet, vt ius testatoris remissum censeatur, aut heres rem alii obligatam lucre debeat*, alias vero inutile est, etsi legatarius hanc rem deinde alienauerit *g*); si vero res legata *tempore facti testamenti aliena* fuit, et legatarius illam deinde comparauit, distinguendum, vel titulo lucratiuo vel oneroso legatarius adquisiuit. Priori in casu *legatum est inutile h*) posteriori vero *id solum petere potest*, *quod soluit*, et si plus iusto soluit, *iustam solum aestimationem*. Si quis *rem suam quasi alienam* legauerit, valet legatum, nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed et si *legatarii esse* putauerit, valet; quia exitum voluntas defuncti habere potest *i*).

a) *a* Leyser Spec. 381. H. Coccejì Diss. *de legato rei propriae et alienae*. Frf 1701. (Ei. *Exerc. Vol.* 11. *n.* 23.). F. L. X. Schlosser Diss. *positiones quaedam de rei alienae legato*, Arg. 1753. D. Nettelbladt Diss. *de legato rei alienae*, Hal. 17 .

b) §. 4 *I. de legat. — sed res etiam aliena legari potest, ita vt heres cogatur redimere eam et praestare, vel si eam non potest redimere aestimationem eius praestare. — Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat, alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si sciuisset alienam rem esse, non legasset, et ita D. Pius rescripsit. Et verius est ipsum qui egit, i. e. legatarium probare oportere, sciuisse alienam rem legare defunctum, non heredem probare oportere, ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit. C.* 5. X. *de testam. Et quidem leges seculi hoc habent, vt heres ad soluendum cogatur, si auctor eius rem legauerit alienam: sed quia lege Dei, non autem lege huius seculi viuimus, valde mihi videtur iniustum, vt res tibi legatae, quae cuiusdam ecclesiae esse perhibentur, a te teneantur, qui aliena restituere debuisti.* E. I. Püttmann Diss. *de leg. rei alienae ad c.* 5. *cit.* (Ei. Misc. Spec. 11.).

c) *L.*

c) L. 67. §. 8. D. de legat. 2. *Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est Neratii sententiae nec constitutioni locus, qua cauetur, non cogendum praestare legatum heredem.* —

d) L. 10. C. de legat. *Quod si suum esse putauit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel vxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset, etsi sciisset rem alienam esse.*

e) L. 71. §. fin. de legat. 1. *Sed et si non municipibus sed alii fundum vectigalem legauerit, non videri proprietatem rei legatam, sed id ius quod in vectigalibus fundis habemus.* add. L. 5. eod.

f) L. 39. §. 7. eod. §. 4. I. eod. (not. b).

g) §. 16. I. eod. *Sed si rem legatarii quis ei legauerit, inutile est legatum, quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest; et licet alienauerit eam, non debetur nec ipsa res, nec aestimatio.*

h) §. 10. I. eod. *Si res aliena legata fuerit, et eius rei viuo testatore legatarius dominus factus fuerit, si quidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest. Si vero ex causa lucratiua — agere non potest. Nam traditum est, duas lucratiuas causas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse.* D. F. Hoheisel Diss. *de concursu duarum causarum lucratiuarum in eandem rem et personam,* Hal. 1725. G. Maiansius Diss. *de concursu prohibito lucratiuarum causarum.* (Ei. *Dissert. Tom.* 1. *p.* 118.)

i) §. 11. I. eod. L. 34. §. 2. L. 108. §. 4. de leg. 1.

§. DCXXXV.

De legato rei oppignoratae et rei litigiosae.

Si testator *rem alienam sibi oppignoratam* alicui legauit, eius ius pignoris legatum censetur (§. *praec. not. e*). Si vero *rem testatoris propriam sed alteri oppignoratam* legauit, heres eam *luere* tenetur, si testator oppignorationem sciuit *a*), sed etiamsi testator oppignorationem ignorauerit, heres liberare debet, si tantum debetur, vt nihil superesset. Si res legata est *litigiosa*, effectus legati ab euentu

euentu litis dependet, et heres *nihil praeter hunc euentum praestat b*), attamen sumtibus suis litem suscipere et pergere debet.

a) *L.* 57. *D. de leg.* 1. *Si res obligata fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit: si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam, vel potest aliquid esse superfluum ex soluto aere alieno. Quod si testator eo animo fuit, vt quanquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen aperte vsique de his liberandis senserit, poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, vt actiones sibi exhiberentur.* G. Maians. Diss. *de legato rei obligatae* (Ei. Dispp. T. 1. n. 21.).

b) *Nou.* 112. *c.* 1. *Si vero heres in iudicio victus, non habeat legatarius licentiam aliam rem pro eodem legato heredem exigere quoniam sciens testator rem litigiosam esse litis euentum legatario dereliquit. Vnde damus licentiam legatario — litis participem fieri.* — —

Tit. II.

De fideicommissis seu de fideicommissaria hereditate.

§. DCXXXVI.

Fideicommissum *a*), post sublatam verborum differentiam (§. 614.) et postquam fideicommissa particularia cum legatis exaequata sunt (§. *cit.*), est *emolumentum hereditarium ab herede praestandum titulo vniuersali ab aliquo percipiendum.* Ab initio quidem fideicommissa ad onera hereditaria solum referebantur, neque is, cui fideicommissum praestabatur, personam testatoris induebat, neque adeo creditoribus obligabatur, sed post SCti Trebelliani

belliani dispositionem heres fiduciarius post restitutam illi hereditatem, aut totam, aut eius partem quotam, tam actiones hereditarias instituere potest, quam etiam creditores contra eum easdem instituere possunt, adeoque fideicommissum ex hoc tempore veram hereditatis indolem, veramque heredis institutionem continet. Fideicommissa autem particularia huc non pertinent, siue sint temporalia, siue perpetua, quoniam hi fideicommissarii aeque ac legatarii personam defuncti vltra rem particularem non repraesentant, et solum hoc nomine a legatis distingui solent tunc, si vlterior restitutio iniuncta est.

a) Io Casp. Heimbvrg Diss. *iuris communis et germanici differentiae in doctrina de fideicommissis*, Ien. 1743. Franc. Lvd. de Oettinger Diss. *de fideicommissis*, Helmst. 1734.

§. DCXXXVII.

Sciendum est, inquit Iustinianus Imp. *a*), *omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo inuitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat b). Quibus c) enim non poterant hereditatem vel legata relinquere, si relinquebant, fideicommittebant eorum, qui capere ex testamento poterant hereditatem. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. Postea D. Augustus primus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur, et populare erat, paulatim conuersum est in assiduam iurisdictionem: tantusque eorum fauor factus est, vt paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui de fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

a) §.

a) §. 1. *I. de fideic. her.* Theop. *Par. L. II. t.* 23. §. 1.

b) Cic. *de fin. lib.* 2. *c.* 17. 18. id. *orat. pro Rosc. c.* 43. Val. Max. IV. 2. Qvinct. *Declam.* 234.

c) Nempe *peregrinis*, et *proscriptis* ex *L. Cornelia* A. V. C. DLXXXIII. lata *ne quis proscriptos iuuaret*; neque minus *feminis* ex L. *Voconia* A. V. DLXXXV. lata: *ne qui census esset, virginem, neue mulierem heredem faceret, neue mulieri vltra millia legaret.*

§. DCXXXVIII.

Postquam igitur fideicommissa ad iuris necessitatem detracta erant atque in testamento aperte fiebant, principium inualuit: *fideicommissa, etiam vniuersalia, tam in testamento quam in codicillis, sed ab eo demum relinqui posse, qui testamenti faciendi capax esset vt et iis solum relinqui posse, qui generatim ex testamento ciuis romani aliquid capere possent a*), *exclusis incapacibus*, *Persona* heredis fideicommissarii *determinata esse debet*, quoniam si non constat, cuinam restituenda sit hereditas *fideicommissum effectu destituitur b*). Vtrum vero *certae personae* an *pluribus*, vtrum *vna* tantum *vice* an *pluribus*, restitutio fieri debeat, ab arbitrio testatoris dependet. Vnde etiam fideicommissum tunc *substitutio fideicommissaria* dici potest, si heredi in testamento scripto restitutio hereditatis iniuncta est, fideicommissum autem *heredibus ab intestato* iniunctum, substitutio fideicommissaria dici nequit. Alii autem substitutionem fideicommissariam nominant. fideicommissum, quo fiduciario iniunctum est, vt in euentum mortis illud alii restituat.

a) *L.* 103. *de legat.* 1. *In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quoties quis neque testamento neque codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad praestandum fideicommissum ei, qui capere non potest.* add. *L.* 67. §. 1. *D. ad SCt. Trebell. L.* 1. *D. de iure fisc.*

b) *L.*

b) *L.* 114. *de legat.* 1. (§. seq. not. *d*) *L.* 38. §. 4. *L.* 93. *D. de leg.* 3.

§. DCXXXIX.

De modis fideicommissa relinquendi. De tacito fideicommisso.

Potest autem fideicommissum relinqui non solum *in testamento*, sed et *in codicillis* tam ab intestato quam testamentariis. In *prioribus quinque testes requiri* iam supra dictum est (§. 504.) in *posterioribus* autem *testes solum probationis gratia a*) exiguntur (§. 504.), adeoque simpliciter necessarii non sunt, sed potius alia etiam probationis media admittuntur, et fideicommissarius fiduciario *iuramentum* deferre potest, modo ipse prius de calumnia iuret *b*). Et relinqui possunt fideicommissa tam in vltima voluntates *scripta*, quam *ore nuncupata*, tam *sub conditione* quam *pure*, tam *in diem*, quam *ex die*, et quidem de his omnia ea valent quae de legatis diximus (§. 618), tamque *expresse* quam *tacite*. Posterius contingit 1) *si nutu relictum est c*), 2) *si testator heredi in fauorem certae personae cuiusdam alienationem interdixit*. *Sola* autem *prohibitio alienationis fideicommissum non inducit d*) neque prohibitio alienationis inter viuos vim fideicommissi habet *e*); 3) *si testator de hereditate testari prohibet f*), 4) *si heredi praescribit g*), *aut alia ratione h*) *voluntatem suam declarat*, *quem sibi nominare debeat heredem*, non vero si solum *commendauit* et quasi *consilium* solum dedit *i*). Huc etiam pertinet 5) *conditio si sine liberis decesserit*, quod *fideicommissum tacitum ratione liberorum* inuoluit *k*). In quo fideicommisso si quaeritur, vtrum *filius naturalis* conditionem deficere faciat *l*), ad conditionem legantis respiciendum est: vnde si fiduciarius

rius heres *persona coniuncta* fuit ipsius fideicommittentis, non admittitur, secus si fiduciarius est persona extranea. Nam licet concubinatus delictum politiae videri possit, id tamen iuribus ciuilibus non obest, (§. 451.).

a) I. C. SPENER Diss. *de fideicommissorum sine solemnitate relictorum valore*, Arg. 1722. C. M. DAEGENER Diss. *de fideicommissis nuncupatiuis minus solemnibus*, Lips. 1725.

b) *§. vlt. I. de fideicom. hered.* — *constitutionem* (L. fin. C. de fideicom.) *fecimus, per quam dispositimus, si testator fidei heredis sui commisit, vt vel hereditatem, vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero (qui in fideicommissis legitimus esse noscitur) possit res manifestari, sed vel pauciores quam quinque vel nemo penitus testis interuenerit, tunc siue pater heredis, siue alius quicunque sit, qui fidem heredis elegerit* — *si heres perfidia tentus adimplere fidem recuset, negando rem ita esse subsecutum, si fideicommissarius iusiurandum ei detulerit, cum primus ipse de calumnia iurauerit; necesse eum habere vel iusiurandum subire* — *vel recusantem ad* — *solutionem coarctari, ne depereat vltima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem obseruari censemus, et si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit.* I. G. BRVCKMANN Diss. *de fideic. eiusque legitima probat. occ. L. fin. C. de fideic.* Erf. 1752. I. F. GEORGI Diss. *de fideic. in genere ac in specie, ad Iustinianeam constit. in L. vlt. C. de fideic.* Ien. 1686. BAVER Pr. *de vero L. vlt. C. de fid. sensu.* Lips. 1800.

c) *L. 22. C. eod.* (Impp. Diocl. et Maxim.). *Et in epistola, vel libello, vel siue scriptura, immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus, nulla dubitatio est.* H. BODINVS Diss. *de fideicommisso tacito*, Hal. 1692. A. KAESTNER Diss. *de fideicommisso nutu relicto*, Lips. 1737. M. D. GROLLMANN Diss. *de epistola fideicommissaria*, Giess. 1707. I. M. HALLVNG Diss. *ad L. 22. C. de fideic.* LugdB. 1729.

d) *L. 114. §. 14. de legat. 1. Diui Seuerus et Antoninus rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt propter quam id fieri velint, nisi inuenitur*

persona,

persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint: quia talem legem testamento non possint dicere. Quod si liberis — aut aliis quibusdam personis consulentes, eiusmodi voluntatem significarent, eam seruandam esse. add. *L.* 38. §. 4. *de legat.* 3.

e) L. 38. § 3. *de leg.* 3. *Fundum a filio, quoad vixerit, vetuit venundari, donari, pignorari, et haec verba adiecit: quod si aduersus voluntatem meam facere voluerit, fundum Titianum ad fiscum pertinere. Ita enim fiet, vt fundus Titianus de nomine vestro nunquam exeat. Quaesitum est cum vinus filius eum fundum secundum voluntatem patris retinuerit, an defuncto eo non ad heredes scriptos a filio, sed ad eos, qui de heredes scriptos a filio, sed ad eos, qui de familia sunt, pertinent? — Respondit, hoc ex voluntate defuncti colligi posse, fundum, quoad viueret, alienare vel pignorare non posse: testamenti autem factionem et in eo fundo in extraneos etiam heredes habiturum.* a Leyser Spec. 400.

f) L. 74. *pr ad SCt. Trebell. Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit, et ita de filia sua cauerat: mando tibi non testari, donec liberi tibi sunto. Pronunciauit Imp. fideicommissum ex hac scriptura deberi. Quasi per hoc quod prohibuisset, eam testari, petiisset, vt fratrem suum heredem faceret. Sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.* Secus autem, si, vt in L. 77. §. 24. *de leg.* 2. habetur, verba sunt: *mando filiae meae pro salute solicitus ipsius, vt quoad liberos tollat, testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo viuere.*

g) L. 17. *D. ad Sct. Treb. Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, vt aliquem heredem faciat. Et senatus censuit, rogari quidem quem, vt aliquem heredem faciat, non posse: verum videri per hoc rogasse, vt hereditatem suam ei restituat, i. e. quidquid ex hereditate sua consecutus est, vt ei restitueret.*

h) L. 115. *de legat.* 1. *Etiam hoc modo, cupio des, opto des, credo te daturum fideicommissum est.* add. *L.* 118. *eod.*

i) L. 11. §. 2. *de leg.* 3. *Si ita quis scripserit, illum tibi commendo, D. Pius rescripsit fideicommissum non deberi.*

deberi. Aliud est enim personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare. add. *L.* 77. (not. *f*).

k) N. SALOMON *An filius fideicommisso grauatus si relinquat liberos, teneatur ad fideicommissi praestationem?* 1714. P. I HEISLER Diss *de liberis positis in conditione, comprehensis etiam in dispositione,* Hal. 1754. rec. 1764.

l) *L.* 17. §. 4. *D. ad SCt. Treb. Si quis rogatus fuerit, vt si sine liberis decesserit, restituat hereditatem, Papinianus — scribit, etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio. — Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quaestio videbitur esse, de qualibus liberis testator senserit Sed hoc ex dignitate et ex voluntate et ex conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum erit. L.* 88 § *de leg.* 2. — *quia creditur appellatione filiorum et naturales liberos — contineri.*

§. DCXL.

De fideicommissis familiae.

Fideicommissa etiam vlteriora esse possunt (§. 639.), vnde distinctio eorum oritur in fideicommissa *temporalia* et *perpetua*, quae vna restitutione non exspirant. Ad posteriora pertinent *fideicommissa familiae a*), quae ita sunt comparata, *vt restitutio bonorum singulis membris familiae secundum certum ordinem fieri debeat.* Et quidem, si testator ordinem specialem non definiuit, vel familiae membra succedunt secundum iuris communis, i. e. iuris romani, dispositionem, atque adeo secundum *Nou.* 118. et 127. (§. 448. *seq.*) vel non, seu secundum ordinem succedendi iuris germanici i. e. gentilitium. Si prius sunt *fideicommissa familiae vulgaria*, sin posterius *fideicommissa familiae gentilitia.* Posteriora ad hunc locum plane non pertinent, quoniam ex solis iuris germanici principiis diiudicari debent. De prioribus autem falso contenditur *b*) fideicommissa semper ad conseruandum splendorem familiae i. e. ad conseruandum

nomen et stemma familiare iniri, potius non solum fideicommissum familiae constitui potest, *vt bona ad quaeuis membra familiae* pertinere debeant, sed etiam, si a ciuici ordinis homine simpliciter constituta sunt, nulla alia succedendi ratio obtinere potest, quam successio vulgaris i. e. *Nou.* 118. definita, adeoque *tam ad masculos quam ad feminas* pertinere debet. Ceterum fideicommissum familiae in originaria significatione solum per vltimae voluntatis dispositionem nudam constitui potest, sed effectus fideicommissorum etiam tribui bonis potest per pacta, quae vocari solent *pacta in fideicommissa inclinantia c*).

a) H. Cocceius Diss. *de fideic. familiae e manu heredum non capiendis*, Frf. 1718. (E i. *Exerc. curios. Vol II n.* 62.). I. H. Feltz Diss. *de fideic. fam.* A. Haber Diss. *de fideic. fam. perpetuis*, Giess. 1737. I. F. *de* Retes Prael. *de fideicommissis perpetuo familiae relictis*, *ad tit. de leg.* 1. 2. 3. (Meerm. *Thes. Tom. VII.*)

b) Male huc trahitur *L.* 195. *et* 196. *de V. S.* vbi: *familiae appellatione et ipse princeps familiae continetur*, *feminarum liberos in familia earum non esse palam est: quia, qui nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.* Neque vllum vestigium adest nullaque lex, qua probari posset, in fideicommisso familiae simpliciter constituto, foeminas exclusas esse. Quid, quod iure romano gener. etiam et nurus succedere possunt. *L. vlt. C. de V. et R. S. Et si quis per suum elogium fideicommissum familiae suae reliquerit, nulla speciali adiectione super quibusdam certis personis facta, non solum propinquos, sed etiam his deficientibus, generum et nurum.*

c) *a* Leyser Spec. 402. *de fideic. pactitio.* I. H. Boehmer Diss. *de fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium*, Hal. 1730. H. Becker Diss. *de valore fideic. tam vlt. vol. quam per conuentionem constitutorum*, Rost. 1701.

§. DCXLI.

§. DCXLI.

De effectibus fideicommissorum.

Heres fiduciarius tenetur *rem fideicommisso onératam heredi fideicommissario restituere*, et quidem *vniuersum* fideicommissum, adeo vt, etiamsi testator restitutionem *eius* solum, *quod tempore mortis eius ex hereditate adhuc reliquum fuerit a*), iniunxerit, fiduciarius non omnia bona accepta alienare possit, sed ad minimum *quartam partem* horum bonorum fideicommissario relinquere debeat. Quumque igitur heres fiduciarius ad restitutionem rerum fideicommissariarum teneatur, *dominus* quoque *earum non fit*, sed potius tam heres fiduciarius, quam quiuis alius possessor sequens fideicommissi familiae non nisi vsum fructum habet, atque adeo *neque casum fert*, *neque easdem alienare potest b*) *praeter necessitatem vrgentem. Necessitas* vero haec, vel intuitu alienantis adest vel ex aliis caussis oritur. Priori in casu *alienatio intuitu alienantis quidem effectus plenos c*) *sortitur*, sed ratione *sequentium* ad fideicommissum *vocatorum inualida est*, et *simulac successio et ius possidendi ad eos deuoluitur, ab iisdem res fideicommissariae reuocari et vindicari possunt d*). Multo minus igitur fideicommissarius *heres fit ipsius heredis fiduciarii*, sed solum ipsius fideicommittentis, consequenter *prioris etiam facta agnoscere non tenetur.* Posteriori autem in casu *alienatio solum licita est* 1) *ob aes alienum ipsius fideicommittentis e*), quod alienationem necessarium facit, 2) *si alia bona desunt, liberi dotis causa aut propter alimenta in tantum valide alienant*, *in quantum fructus fideicommissi non sufficere videntur*, 3) *si omnes illi consentiunt*, *quorum interest g*), quod vero in fideicommissis familiae propter iura quaesita nasciturorum

rum non facile procedere poteſt. Ceterum *ſi liberi* tam primi gradus quam vlteriorum graduum *fideicommiſſo onerati ſunt*, *tacita conditio* ſubeſſe cenſetur *ſi abſque liberis deceſſerint*, adeo vt extraneo demum in hoc caſu reſtitutio iniuncta facienda ſit *h*).

a) Non. 108. c. 1. — *Non enim concedimus ei, qui grauatus eſt etiam donationibus vti aliquibus, et forſan ex ſtudio interuertendi fideicommiſſi cauſa, vt etiam quarta minuatur inſtitutionis eius: ſed hoc omnino relinquere fideicommiſſum; aliis omnibus in eius poſitis poteſtate; et licentiam habere eum his ſicut voluerit vti, quemadmodum perfectis dominis competit.* A. Mylius Diſſ *de fideic. ſub clauſula: quidquid poſt mortem ſuperfuerit, relicto*, Erf. 1735. I. A. Reichardt Diſſ. *de fideic. eius, quod ſuperfuturum erit, eiusque differentia a debitis, quibus accepta reddenda ſunt in eodem genere, ad* Nou. 108. Ien. 1785.

b) I. E. Schmid Diſſ. *de fideic. quae alienari poſſunt et non poſſunt*, Ien. 1762. G. Schweder Diſſ *de alienatione bonorum fideic. obnoxiorum*, Tub. 1705. (Ei. *Diert. T. 1. p. 970.*). I. M. Rotermundt Diſſ. *de fideic. et quatenus res eidem affectae alienari poſſunt*, Erf. 1734.

c) *L. 69. §. 1. de leg. 2. Praedium quod nomine familiae relinquitur, ſi non voluntaria facta ſit alienatio, ſed bona heredis veneant, tamdiu emtor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis: poſt mortem eius non habiturus; quod extirus heres praeſtare cogeretur.*

d) *L. 1. C commun. de legat. L. 88. §. 14. de leg. 1.* C. I. Heil Conſult. *an fideicommiſſarius rerum fideicommiſſariarum dominus ſit, easque alienatas vindicare poſſit.* (Ei. Conſult. n. 1). I. I. Wieger Diſſ. *de iure ſucceſſionis fiduciariae vocati poſterioris in facta prioris*, Gieſſ. 1702.

e) *L. 114. §. 14. de legat. 1. L. 38 pr. de legat. 3.*

f) *L. 22. §. 4. D. ad Sct. Trebell. Auth. res quae C. comm. de legat.* (ex Nou. 39. c. 1.). *Res quae ſubiacent reſtitutioni, prohibentur alienari quidem vel obligari. Sed ſi liberis portio legitima non ſufficit ad dotis ſiue donationis propter*

propter nuptias obligationem: permittitur res praedictas in eum caussam alienare vel obligare pro modo honestati personarum congruo. G. L. Boehmer Diss. *de liberis fideicommisso oneratis*, Goett. 1765.

g) *L.* 120 §. 1. *de leg.* 1. *Omnibus quibus fideicommissum relictum est, ad distractionem consentientibus, nullam fideicommissi petitionem superfuturam.* G. A. H Heydenreich (Praes. I. F. Hertel) Diss *de alien. fideic. fam.*, *vel omnibus etiam de familia consentientibus illicita*, Ien. 1737. Ima nondum natorum quidam non adgnoscunt; vid. Jurist. Beytr Saml. 7. S. sed immerito. Add *de* Behmer Obs. 50. I. F. Iunge Diss. *de mutatione fideic. fam.* Alt. 1799.

h) *L.* 102. *D. de condit. et dem. L.* 30. *C. de fideicom.* *Cum acutissimi ingenii vir et merito ante alios excellens Papinianus in suis responsis* (vid. *L.* 102. *cit.*) *statuerit, si quis filium suum heredem instituit, et restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videri dispofuisse, nisi cum filius eius sine sobole vitam suam reliquerit: nos huius sensum merito mirati plenissimum ei donamus euentum.* — —

Tit. I.

De *mortis causa donationibus et capionibus.*

§. DCXLII.

De definitione donationis m. c.

Donatio mortis causa a) vt verba iam indicant, est *donatio in qua donans respexit ad suam mortem, indeque motiua ad donandum desumsit b*). Donatio quae mortis causa non fit, est *donatio inter viuos.* Vtraque in eo conuenit, quod vtriusque consensus adeoque a parte donatarii acceptatio requiratur, et quod iure anteriori in vtraque traditio necessaria fuerit. Differunt autem inter se 1) quoad *personam dantis*, quod is m. c. donare possit, qui

qui inter viuos donare nequit v. c. filius familias, minor etc. 2) ratione *modi contrahendi*, tum quod in donatione inter viuos traditio iure recentiori non amplius requiratur ad donationis validitatem, in donatione autem m. c. hac omnino, vt quidam opinantur, etiam iure recentiori opus ſit *c*), cum quod in donatione inter viuos nulli requirantur *teſtes*, *quibus* tamen *quandoque opus eſt in donatione* m. c.: denique quod in donatione inter viuos inſinuatio iudicialis interdum neceſſaria ſit, *donatio vero m. c. hac plane non indigeat*, 3) ratione *effectuum;* donatio enim inter viuos donatario tribuit ius praeſens irreuocabile, nullique poenitentiae donantis obnoxium, neque adeo extinguitur, ſi donatarius ante mortem donantis moritur, *in donatione* autem *m. c. ſemper donanti ius reuocandi vsque ad extremum vitae halitum competit*, et *ſi donatarius ante donatorem deceſſit ipſo iure euaneſcit.* Vnde etiam recte *donatio m. c. ad vltimae voluntatis diſpoſitiones nudas refertur*, et quamuis acceptatio, vt et ſecundum quorumdam opinionem traditio requiratur, illa tamen requiſita tantum ad formam legalem pertinent, neque adeo dici poteſt, donationem valere propter acceptationem et quoniam pactum ſit, ſed valet propter ſolam voluntatem diſponentis. Praeterea quoque hanc donationem differre *a donatione inter viuos*, *a morte ſuſpenſa*, et *a donatione morientis* ex dictis ſtatim adparet.

a) H. Rennemann Diſſ. *de don. m. c.* (Ei. Iurispr. R. G. m. 2. n. 46). *a* Leyser Spec. 438. I. T. Carrach Diſſ. *de differentiis I. R. et G. in m. c. donatione*, Hal. 1756. G. L. Mencken Diſſ. *de d. m. c. valida, licet expreſſe in caſum mortis non differatur*, Helmſt. 1751. (Ei. *opuſc. n.*). I. F. Iunghans Orat. *de m. c. donationum indole*, Lipſ. 1785.

b) §.

b) §. 1. *I de donat. Donationum autem duo sunt genera: mortis causa, et non mortis causa. Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat vt si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit, sin autem superuixisset, is qui donauit reciperet; vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. L.* 2. *D. de m. c. don. Iulianus tres esse species m. c. donationum, ait Vnam cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem m c donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, vt statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, vt statim faciat accipientis: sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.* add. *L.* 35. *et* 43. *eod.*

c) Quae quidem sententia specie non caret. Nam donatio etiam m. c. iure pandectarum *non valebat, absque traditione,* nisi stipulatione inita esset. Id indicat clare *L.* 38. *D. de m. c. donat. Mortis caussa donatur quo praesens praesenti det.* add. *L.* 29. 37 42. 43. *eod L.* 1. §. 5 *D. quod legat. L.* 18. *C. ad L. Falc.* Neque obstaret, quod *L.* 35. *C. de donat.* necessitas tradendi rem donatam constituta sit, quum ea solum de donatione inter viuos loquatur. Neque magis contrarium probat *L.* 2. *D. de publ. act.* (§. 343. not. *a*), ad quam prouocat Heinec. quum in ea solum de titulis adquirendi dominium sermo sit. Attamen in d. m. c. non amplius necessarium esse traditionem propterea credimus, quod omnia negotia, quae iure antiquo per modum stipulationis solum valebant, iure recentiori, etiam valeant nudis verbis, adeoque iure etiam recentiori donatio m. c. ab altero solum verbaliter acceptata validitate sua non destituitur. I. E. Püttmann Pr. *de m. c. d. absente licet et ignorante donatario facta, iure valida,* Lips. 1787. (Ei. *Misc.* n. 16.) A. G. Blanckmeister Diss. *Vindiciae communis opinionis de acceptatione in d. m. c. necessaria,* Viteb. 1798.

§. DCXLII.

A quo, cui, et quomodo d. m. c. fieri possit et debeat.

Mortis causa *donare potest* qui facultatem testamentum

mentum aut codicillos condendi (§. 510.) habet, excepto *filio familias*, *qui* licet neque teſtamentum neque codicillos iure faciat (§. 513.), *recte tamen mortis cauſa donat*, et quidem *in peculio profectitio* et *aduentitio regulari cum conſenſu patris a*), in *irregulari vero*, etiam *absque eius conſenſu b*). *Donari* poteſt *omnibus* illis, quibus aliquid *legari* poteſt *c*). *Forma* donationis m. c. in eo conſiſtit, vt non ſolum donatarius promiſſionem donantis *acceptare* debeat, ſed etiam vt *forma codicillorum adhibeatur*. Codicilli enim et donationem m. c. continere poſſunt. Quare vel in codicillis *publicis* obuenit, vel in codicillis *priuatis*. Priori in caſu *nullis teſtibus opus eſt*, poſteriori vero, vel in codicillis *teſtamentariis*, vel in codicillis *ab inteſtato*. Illo in caſu *nulli quoque teſtes requiruntur*, quatenus alia ratione veritas diſpoſitionis probari poteſt. Hoc autem in caſu *quinque teſtes adeſſe debent d*) (§. 505.).

a) *L. 25. §. 1. de m. c. donat. Tam is qui teſtamentum facit, quam qui non facit, m. c. donare poteſt. Filius familias qui non poteſt facere teſtamentum nec voluntate patris, tamen m c. donare patre permittente poteſt.*

b) *Nou.* 117. C. 1. I. I. Dahm Diſſ. *de filiofam. de peculio aduentitio irregulari etiam m. c. diſponere valente,* Heidelb. 1760.

c) *L. 9. D eod. Omnibus m. c. capere permittitur, qui ſcilicet et legata accipere poſſunt.* add. *L. 35. et 36. eod.*

d) *L. 4. C. eod Cum de m. c. donatione dubitabatur, et alii quidem inter vltimas voluntates eam poſuerunt, et legatis aggregandam eſſe cenſuerunt, alii autem inter donationes quae inter viuos conſiſtunt eam poſuerunt, dubitate eorum exploſa ſancimus, omnes m. c. donationes, ſiue iuxta mortem facientis fuerint celebratae, ſiue longiore cogitatione mortis ſubſecutae ſunt, actis minime indigere, neque exſpectare publicarum perſonarum praeſentiam, et ea quae ſuper huiusmodi monumentis ſolent adhiberi: ſed ita res procedat, vt ſi quinque teſtibus prae-*

praesentibus, vel in scriptis, vel si litterarum suppositione aliquis voluerit m. c. donationem facere: et sine monumentorum necessione res gesta maneat firmitate vallata — et omnes effectus sortiatur, quos vltimae habent liberalitates; neque ex quacunque parte absimilis eis intelligatur. Iure pand. nulli plane testes requirebantur, saltim non ordinationis gratia, vt in legatis, quibuscum iam iure Dig. comparatae erant. Vnde eo minus dubitandum quin donationes m. c. etiam in codicillis testamentariis (§. 504.) et testamentis priuilegiatis absque omnibus testibus valere possint. I. G. BAVER Pr. *de forma d. m. c.* Lips. 1760.

§. DCXLIV.

De conuenientia et disconuenientia legatorum et mortis causa donationum.

Mortis causa donationes iam Iure pandectarum *a*) *legatis* comparatae et exaequatae fuerunt, quod deinde Iustinianus confirmauit *b*). Quare vtraque conueniunt 1) ratione *subiecti actiui* et *passiui* (§. *praec.*) 2) ratione *obiecti* 3) ratione *modi constituendi* (§. *cit.*), 4) ratione *adquisitionis*, nempe *vt dominium solum a tempore mortis testatoris transeat*, nec minus 5) ratione *effectuum* intuitu *actionis*, *quartae falcidiae*, *iuris accrescendi etc.* 6) ratione *extinctionis*. Sed supersunt adhuc quaedam *differentiae c*), quo pertinent, 1) ratione *personae donantis*, quod *filius familias* non legare *bene* autem *m. c. donare possit* (§. cit. not. *a*) 2) ratione *modi*, quod *donatarius acceptare debeat* (§. *praec.*). 3) ratione *obiecti*, quod donatio mortis causa *annua*, *vnam* tantum *donationem* non plures contineat *d*), indeque *pura* et *perpetua* sit, quod secus est in legatis annuis (§. 628.). Et hoc, quamuis iure antiquiori stipulatio necessaria esset, valere debet iure nouiori, cessante licet stipulatione, 4) ratione *adquisitionis*, quod

quod, non sicut in legatis, ad *tempus initii*, sed ad *tempus mortis* respiciendum sit *e*) 5) ratione *extinctionis*, de qua nunc vlterius agemus.

a) L. 15. D. *eod. Paulus notat et ad exemplum legatorum mortis causa donationes reuocatae sunt.* L. 37. *eod. Illud generaliter meminisse oportebit, donationes m. c. factas legatis comparatas. Quodcunque igitur in legatis iuris est, id in m. c. donationibus erit accipiendum.*

b) L. 4. C. *de donat. m. c.* (*not. d.* §. *praeced.*).

c) D. Faber Diss. *de legatorum et mortis causa donationum differentiis, earumque vsu hodierno,* Goett. 1763.

d) L. 35. §. 7. D. *eod. Sed qui m. c. in annos singulos pecuniam stipulatus est, non est similis ei, cui in annos singulos legatum est. Nam licet multa essent legata, stipulatio tamen vna est, et conditio eius cui expromissum est, semel intuenda est.*

e) L. 22. D. *eod. In m. c. donationibus non tempus donationis sed mortis intuendum est, an quis capere possit.*

§. DCXLV.

Quibus modis donationes m. c. extinguuntur.

Donatio mortis causa *extinguitur* 1) *si ex instanti periculo* propter quod suscepta erat, *donator saluus euaserit*, *neque* adeo *reuocatione opus est*, sed *ipso iure resoluitur a*), 2) *si donatarius ante donatorem decessit*; perinde ac si legatarius ante testatorem moritur, vnde heredes donatarii eam petere nequeunt, nisi iisdem etiam constituta sit, 3) *si ante mortem suam donationem reuocauerit*, quod donanti omnino licet. Clausula *de non reuocanda donatione m. c.* efficit, *vt magis sit donatio inter viuos b*), 4) *si testamentum corruit*, si nempe in testamento aut testamentariis codicillis donatio haec obuenit *c*), secus si ab eo relictae sunt, qui ab intestato decessit, atque adeo tanquam accessorium testamenti tunc considerari nequeunt, aut si heredis

dis institutio directa quidem corruit, cetera autem capitula subsistunt, vt in testamento inofficioso (§. 587.).

a) §. 1. *I. eod.* (§. 642 not. *b*).

b) *L.* 27. *de m. c. don. Vbi ita donatur m. c. vt nullo casu reuocetur, caussa donandi magis est quam m. c. donatio, et ideo perinde haberi debet, atque alia quaeuis inter viuos donatio; ideoque inter viros et vxores non valet, et ideo nec falcidia locum habet, quasi in m. c. donatione.* I. W. TEXTOR Diss. *de d. m. c per clausulam annexam irreuocabili*, Alt. 1671. I. F. RIVINVS Diss *casum sistens combinatae cum m. c. donatione donationis inter viuos*, Lips. 1747. G. F. KRAVSE Diss. *de d. m. c. ex principiis antiqui iuris germ. non reuocabili*, Viteb. 1764. Medit. 1. B. *n.* 14.

c) Quamuis enim *L.* 25. *D. eod.* dicatur: *Tam is qui testamentum facit, quam qui non facit, m. c. donare potest*, ex eo tamen probari nequit, donationem m. c. in testamento obuenientem non corruere, licet hereditas adita non sit, atque adeo testamentum corrueret. Potius verius videtur, donationem m. c. etiam corruente testamento simul deficere, tum quia quoad *L.* 15. *cit.*, etiam legata ab intestato relinqui possunt, cum, quia donationes hae legatis sunt exaequatae, et vna cum legatis amittuntur in bonorum possessione contra tabulas impetrata, vt habetur in *L* 18. §. 1. *de b. p. c. t.* licet, si testamentum falsum dixerit, legata quidem corruant, donationes autem m. c. subsistant, *L.* 5. §. 17. *de his quae vt indign. auf.*

§. DCXLVI.

De mortis causa capione.

Mortis causa capio a), generatim *omne illud* comprehendit *quod aliquis propter mortem alicuius accipit*, adeoque in genere etiam mortis causa donationem complectitur, sed in sensu magis proprio *id* denotat, *quod propter mortem alius, quam qui liberalitatem exercet, praestatur.* Sic mortis causa capio

capio adeſt 1) *ſi quid donatur propter mortem alterius*, 2) *ſi quid datur, ne quis emolumentum hereditarium relictum capiat* v. c. vt repudiet hereditatem, quod valet *c*), modo in fraudem legatariorum et fideicommiſſariorum non tendat (§. 581), 3) *ſi implendae conditionis cauſa aliquis aliquid ſoluere debet.* Ceterum mortis cauſa ſolum *capere poſſunt, quibus legata relinquuntur d*).

a) I. F. Loeffler Diſſ. *de m. c. capionibus* Lipſ. 1751.

b) *L.* 18. *de m. c. donat. Mortis cauſa capimus non tunc ſolum, cum quis ſuae m. c. nobis donat, ſed et ſi propter alterius mortem id faciat, veluti ſi quis filio vel fratre ſuo moriente donet Meuio ea conditione, vt ſi conualuerit. alteruter eorum, reddatur ſibi res: ſi deceſſerit, maneat apud Menium.*

c) *L.* 8. *eod. Qui pretio accepto hereditatem praetermiſit* (iung. *L.* 2. *D ſi quis omiſſ. cauſſ.*) *ſiue ad ſubſtitutum peruentura ſit hereditas ſiue ab eo ab inteſtato ſucceſſurus m. c. capere videtur. Nam quidquid propter alicuius mortem obuenit, m. c. capitur. — Nam et quod a ſtatu libero conditionis implendae cauſa capitur vel a legatario, m. c. accipitur: et quod pater dedit propter mortem filii vel cognati, m. c capi Iulianus ſcripſit. Deinde et ſic poſſe donari ait, vt ſi conualuerit, recipiatur.*

d) *L.* 8. 35. 36. *eod.* (§. 644. not. *c*).

Tit. IV.

Communia de legatis et fideicommiſſis.

§. DCXLVII.

De iure adcreſcendi in legatis et fideicommiſſis.

Ius adcreſcendi in legatis a) obueniens ab eo, quod *in fideicommiſſis* obuenit, ea ratione ſolum differt,

differt, quod *in prioribus* et *fideicommissis particularibus* solum obtineat *ius adcrescendi particulare*, *in fideicommissis* vero *vniuersalibus* seu *fideicommissaria hereditate* locum habeat *ius adcrescendi vniuersale* (§. 437.). In ceteris autem conueniunt, adeo vt 1) *in vtroque emolumento hereditario ius adcrescendi solum ex praesumta testatoris voluntate*, adeoque tantum *voluntarium*, non necessarium *obtineat*, 2) *vt in vtroque ante omnia locum habeat ius non decrescendi inter coniunctos in specie tales* et 3) *deficientibus demum his coniunctis in specie talibus obtineat ius adcrescendi in specie tale inter disiunctos* et quidem vt supra (§. 438.) dictum est, 4) *in omnibus legatis et fideicommissis obtinet ius adcrescendi reale*, excepto *vsufructu*, vbi *personale* locum habet (§. 627. *not. b*). Ceterum bene distinguendum est, vtrum *partes quantae* an *partes quotae* factae sint. In prioribus enim ius adcrescendi non obtinet *b*).

a) I. C. KOENIG Diss. *de iure accrescendi in legatis*, Alt. 1736. P. I. HEISLER Diss. *de iure adcrescendi in legatis semper non decrescendi*, Hal 1759.

b) *L.* 1. *D. de vsufr. accresc. Quoties vsusfructus legatus est, ita inter vsufructuarios est ius accrescendi, si coniunctim sit vsusfructus relictus. Ceterum si separatim vnicuique partis rei vsusfructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessat. L.* 11. *D. eod. Cum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur non minus quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset. Vnde fit vt inter eos ius adcrescendi non sit. L.* 12. *Cum alius ab alio herede vsumfructum vindicat.* A. HAGOORT Diss. *de iure adcrescendi inter legatarios verbis tantum coniunctos non obtinense, ad L.* 11 *D. de vsufr. adcr.* Vltrai. 1735. C. G. STRECKER Diss. *de iure adcrescendi in quantitatibus relictis etiam obtinente*, Erf. 1761. C. F. Greisinger vom Anwachsungsrechte bey der Personaldienstbarkeit des vsus. Stuttg. 1792.

§. DCXLVIII.

§. DCXLVIII.

Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat.

Dies legati *cedere a*) dicitur, *si legatum incipit deberi*, atque adeo *legatarius ius in re legata plene habet quaesitum; venire* autem dies dicitur, *si legatum iam hoc tempore peti et mediante actione exigi potest.* In legatis *puris* regulariter dies cedit statim *a momento testatoris b*), atque adeo simulac *legatarius* aut *fideicommissarius testatorem superuixit, statim legatum in suos heredes transmittit*, exceptio est in iuribus, quae sua natura in heredes non transeunt, legatis *c*). Hinc etiam *in legatis puris rei testatoris propriae dicitur, dominium rei legatae transire ipso iure in legatarium d*), neque adeo ad illud acquirendum opus esse traditione ab herede suscipienda, neque etiam adquisitione ipsius legatarii, modo nec heres, nec legatarius voluntatem defuncti repudiet. In legatis vero *conditionalibus* et *sub die incerto relictis, dies demum cedit, si conditio existit*, adeoque *legatario ante existentiam conditionis mortuo, is nihil ad heredes transmittit.* Exceptio tamen locum habet. 1) *Si conditio tantum in fauorem legatarii adiecta est, et conditio solum tempus solutionis continet e*), 2) *conditio statim pro impleta haberi potest f*), 3) *si dignitati vel officio aliquid relictum est g*).

a) *a* LEYSER Spec. 406. G. G. DINCKLER Diss. *de legato ad heredes non transeunte*, Lips. 1727.

b) *L. 5. D. quando dies legat. Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies eius cedit. Si vero post diem sint legata relicta, simili modo atque in puris dies cedit: nisi forte fuit legatum quod ad heredem non transit. Nam huius dies non ante cedit, vt puta si vsusfructus sit post annum relictus. Sed si conditione sit legatum relictum non prius dies legati cedit, quam conditio*

fuerit

fuerit impleta nequidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii. — — —

c) *L. 9. eod. Si habitatio filia familias vel seruo legata sit, puto non adquiri domino vel patri legatum si ante aditam hereditatem filius vel seruus decesserit. Nam cum personae cohaereat, recte dicitur ante aditam hereditatem diem non cedere.* add. *L. 2. 3. 8. eod. L. vn. §. D. quando dies vsufr. ced. L. vn. §. 6. C. de caduc. toll.*

d) *L. 80. de leg. 2. Legatum ita dominium rei legatarii facit, vt hereditas heredis res singulas: quod eo pertinet, vt si pure res relicta sit, et legatarius non repudiauit defuncti voluntatem, recta via dominium quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam facto heredis.* add. *L. 77. §. 3. eod.* I. F. SCHNEIDER Diss. *de dominio rei legatae ipso iure transeunte,* Hal 1720.

e) *L. 26. §. 1. D. quando dies legat L. 5. C. eod. L. 46. D. ad SCt. Treb. — scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi permisisse quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur.*

f) *L. 5. §. 3. 4. D. q. d. leg. vel. fid. Sed si ea conditio fuit, quam Praetor remittit, statim dies cedit. Idemque et in impossibili conditione, quia pro puro hoc legatum habetur.*

g) *L. 56. de leg. 2. Quod principi relictum est, qui antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus — successori eius debetur. L. 20. §. 1. D. de ann. leg. — secundum ea quae proponerentur, ministerium nominatorum designatum.*

§. DCXLIX.

De rebus dubiis.

In *tit. Dig. de rebus dubiis a)* potissimum de eo dubio agitur, quod oritur, si plures in communi periculo perierunt, atque adeo si dubium est, vtrum legatum delatum sit, nec ne. Qua in quaestione tenendum 1) *si extranei i. e. non parentes nec liberi sunt, hi simul periisse censentur b)* licet vnus alterue impubes fuerit, 2) *si vero parentes et liberi in communi periculo extincti sunt, liberi puberes*

heres poſt parentes, liberi vero impuberes ante parentes deceſſiſſe creduntur e). Ceterum *voluntas teſtatoris dubia d)*; ſi fieri poteſt vllo modo, *ita explicari debet, vt conſiſtere et exitum habere poſſit,* indeque etiam legata ita, vt non pereant. In dubio pro herede *e)* contra legatarium interpretatio fieri debet, niſi in ſingulis legatis pro legatario potius fauorabilior ſententia adſumta eſt (§. 622. not. *c*), et alia quoque ratione, in dubio ad vſum teſtatoris quam maxime reſpiciendum *f*). Quod ſi vero aliud ſenſerit teſtator, aliud clare expreſſerit, legatum corruit *g*).

a) A. DONELLVS Tr *ad 5. ff. de reb. dub.*, Antw. 1582. 1584. *a* LEYSER Spec. 395.

b) *L. 8. 16. 17 §. 8. de reb. dub.*

c) *L. 9. §. vlt. L 22. 23. eod L. 26 pr. de pact. dot.*

d) *L.* 10. *de reb. dub.* — *in ambiguis rebus humaniorem ſententiam ſequi oportet. L.* 21. *eod. Vbi eſt verborum ambiguitas valet quod acti eſt. veluti: cum Stichum ſtipulor, et ſint plures Stichi, vel hominem, vel Carthagini, cum ſint duo Carthagines, ſemper in dubiis id agendum eſt, vt quam tutiſſimo loco res ſit b. f. contracta. L.* 12. *D. de R. I. In teſtamento plenius voluntates teſtantium interpretantur.* A. *van der* MVYDEN Diſſ. *ad L.* 12. *D. de R. I.* Trai. ad Rh. 1716.

e) *L.* 47. *de leg.* 2. *Binae tabulae teſtamenti eodem tempore exemplarii cauſa ſcriptae, vt vulgo fieri ſolet eiusdem patris familias praeferuntur:. in alteris centum in alteris quinquaginta aurei legati ſunt Titio. Quaeris vtrum et quinquaginta aureos an centum duntaxat habiturus ſit Proculus reſpondit, in hoc caſu magis heredi parcendum eſt, ideoque vtrumque legatum nullo modo debetur, ſed tantum modo quinquaginta. L* 39. *§.* 6. *de leg* 1. *Scio ex facto tractatum, cum quidam duos fundos eiusdem nominis habens legaſſet fundum Cornelianum, et eſſet alter pretii maioris alter minoris, et heres diceret minorem legatum, legatarius maiorem; vulgo fatebitur, vtique minorem eum legaſſe, ſi maiorem non potuerit docere legatarius* add. *L.* 13 *de reb. dub L.* 67. *§* 8. *de leg.* 2 *vt teſtator, quam minimum fieri poteſt, grauare voluiſſe videatur.*

f) L.

f) L. 14. D. de reb. dub. *Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est* add. L. 3. §. vlt de supell. leg. L. 10 §. vlt. de leg. 1. L. 18 §. 3 de instr. leg. I. G. SIEGEL Diss. *de testat. suae voluntatis interpr.* Lips. 1773.

g) L. 24. de leg. 1. *Si quis in fundi vocabulo errauit, et Cornelianum pro Semproniano nominauit, debebitur Sempronianus. Sed si in corpore errauit, non debebitur. Quod si quis cum vellet vestem legare supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri — vestem non deberi; — vel quod est stultius vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.*

§. DCL.

De modis quibus legata et fideicommissa extinguuntur generatim.

Legata corruunt vel *voluntate testatoris* vel *absque illa.* Posteriori casu, vel vna cum testamento corruunt, vel salua manente heredis institutione directa. De illo casu iam diximus §. 577 — 587. Hoc vero in casu legata cessant 1) *si incapaci relicta sunt*, 2) *si pro non scriptis habentur*, 3) *si vt indignis auferuntur*, 4) *si legata extinguuntur.* Priori vero in casu, vel propter eius voluntatem expressam, vel tacitam. Si prius *ademtio legatorum*, et si posterius *translatio legatorum* dicitur.

§. DCLI.

De legatis incapacibus relictis.

Legatum *incapaci* (§. 615.) relictum sicut et illud *quod propter neglectam formam externam ab initio inualidum fuit, postea reconualescere nequit.* Illud quidem principium in legatis ex *regula M. Porcii Catonis a)* introductum, postea quoque ad

omnes vltimae voluntatis dispositiones extensum est (§. 579. not. *a*). Sed in legatis *conditionalibus, et quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hereditatem cedit, regula haec cessat.*

a) F. Balduinus Tr. *ad regulam Catonianam*, Basil. 1557. (ex edit. Hambergeri Ien. 1715. et in Heinec. *Iurispr. Rom. et Att.* T. 1. p. 418.) G. Maiansius Diss. *de regula Catoniana* (Ei. *Diss. Tom. II. p.* 244. P. Wasmuth Diss. *ad reg. Caton.*, Ling. 1733. I. G. Wernher Pr. *de genuino reg. Caton. sensu cuiusque fato*, Goett. 1740. M. G. Pauli Diss. *de reg. Caton.* Vit. 1769.

b) *L.* 1 *D. de reg. Cat. Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit non valere: quae definitio in quibusdam falsa est. Quid enim, si ita legauerit, si post calendas mortuus fuero, Titio dato, an cauillamur. Nam hoc modo si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum verius est quam inutiliter datum. Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum viuo testatore alienaueris, legatum tibi debetur quod non deberetur, si statim decessisset. L.* 3. *eod. Catoniana regula non pertinet ad hereditatem, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore sed post aditam cedit hereditatem. L.* 4. *eod. Placet Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere.*

§. DCLII.

De his quae pro non scriptis habentur.

Olim inter legata *caduca* (§. 527.) et *quae pro non scriptis* habebantur, curate distinguebatur. Priora erant ea *quae legatario non delata erant*, ad quae pertinebant 1) *legatum cuius legatarius testatorem non superuixit,* 2) *legatum conditionale cuius conditio ad existentiam non peruenit,* et haec *legata caduca fisco cedebant.* Sed Iustinianus caduca *sustulit a*) et *cum his quae pro non scriptis habentur b*)

tur b) *commiſcuit.* Vnde pro non ſcriptis habentur 1) *legata incapacibus relicta* (§. praec.), 2) *legata, quae ſibi adſcripſit is c*), *qui teſtamentum aut codicillum ſcripſit d*), ex *SCti Liboniani* diſpoſitione, cui addebat *Edictum D. Claudii* poenam *Legis Corneliae.* Nemo autem non ſolum ſibi ipſi, ſed nec ei quem in patria poteſtate habet, aut in cuius eſt poteſtate patria aliquid adſcribere poteſt. Tunc vero valet, ſi doceri poteſt ex decreto teſtatoris ſcriptum eſſe: 3) *quae intelligi non poſſunt e*), 4) *quae legatario* ante teſtatorem mortuo, vel ob conditionis defectum *non ſunt delata f*), 5) *legata cum opprobrio et contumelia legatarii relicta g*) (§. 518.). Legata quae pro non ſcriptis habentur aut *ad collegatarium h*) iure accreſcendi (§. 647.) aut *ad heredem* ſpectant.

a) *L.* 1. *C. de caduc. tollend.* (§. 527. not. *b*).

b) *L.* 3. 4. *D. de his quae pro n. ſcr. hab. L.* 101. *de leg.* 1.

c) *L.* 1. *D. eod. Si quis hereditatem vel legatum adſcripſerit quaeritur, an hereditas vel legatum pro non ſcripta habeatur. Et quid ſi ſubſtitutum habeat huius modi inſtitutio. Reſpondit pars hereditatis de qua me conſuluiſti, ad ſubſtitutum pertinet: Nam ſenatus, cum poenas Legis Corneliae conſtitueret aduerſus eum, qui ſibi hereditatem vel legatum ſcripſiſſet, eodem modo improbaſſe videtur, quo improbatae ſunt illae: qua ex parte me Titius heredem ſcriptum in tabulis ſuis recitauerit, ex ea parte heres eſto, vel perinde habeatur, ac ſi inſertae teſtamento non fuiſſent.* add. *L.* 5. *eod. L.* 4. 5. et *vlt. C. de his quae ſibi adſcr. in teſtam.*

d) C. A. Beck Diſſ. *ad L. Corneliam teſtamentariam et SCtum Libon.*, Ien. 1727. I. G. Marckart Diſſ. *de his quae ſibi adſcribunt in teſtamento alieno.* (Ei. *Exerc. n.* 3.) I. I. Mascow Diſſ. *de his qui ſibi adſcribunt in teſtamento, ad explicationem SCti Libon. et Ed. D. Claudii*, Lipſ. 1731.

e) *L. S. D. eod. Quae in teſtamento ſcripta eſſent, neque intelligerentur quid ſignificarent, ea perinde ſunt, ac ſi ſcripta non eſſent. L.* 188. *de R. I. Vbi pugnantia inter ſe in*

 teſtamento

testamento inhaerentur, neutrum ratum est. Quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt.

f) *L.* 4. *eod. L. vn.* §. 7. *C. de caduc. toll.*

g) *L.* 54. *pr. de leg.* 1. *Turpia legata quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur odio scribentis pro non scriptis habentur.*

h) *L. vn.* §. 3. *C. de caduc. toll.*

§. DCLIII.

De his quae vt indignis auferuntur.

Legatarius quandoque legatum, licet iure validum sit, capere nequit, propterea quod *indignus* censeatur, et haec legata indignis relicta, vel *fisco cedunt* quae ideo *erepticia a*) dicuntur vel *pro non scriptis habentur.* Ad priora legata, et in genere emolumenta hereditaria, quoniam et haec de omni hereditate etiam valet, quae scilicet indigno auferuntur, et fisco cedunt pertinet 1) *si emolumentum hereditarium constitutum est propter delictum cum testatore commissum b*), 2) *si honoratum mortem testatoris non vlciscitur c*). Quod quidem iure romano fieri debebat per accusationem, hodie vero sufficere debet denuntiatio iudici facta. 3) *Si quis defunctum testatorem vltimam suam voluntatem mutare prohibuit d*), 4) *si quis testatorem occidit, etiam per negligentiam, aut eum interimi curauit e*), 5) *si quis testatoris statui controuersiam mouet f*), 6) *si quis promisit se aliquid restiturum personae, quae ex testamento capere prohibetur g*), 7) *si quis testamentum sine ratione falsum*, aut *inofficiosum dixit, neque adeo obtinuit h*). Quod posterius *hodie adhuc locum habere posse putamus*, licet colore insaniae non amplius quer. inoff. superstructa sit (§. 543. 553.) quoniam querens parentem mendacii arguit, atque eatenus

eatenus iniuriose contra illum insurgit. 8) *Si tutur pupillam duxit.* Quod hodie cessat *i*). Quin etiam apud nos in Germania in his speciebus fisco debeatur portio relicta nulla est dubitatio, licet sint, qui de eo dubitent. Indignis autem relicta apud heredem aut coheredem manent 1) *si honoratus testatorem post mortem quasi illicitae mercis negotiatorem detulit k*), 2) *si testatori post emolumentum iam relictum male dixit, aut inimicitia capitali eum prosecutus est l*); 3) *si quis testamentum occultauit m*), 4) *si quis tutor testamento datus tutelam recusauit n*).

a) N. Lyncker Diss. *de bonis ereptiis*, Ien. 1694. *a* Leys. Spec. 398.

b) *L* 13. *D. de his quae vt indignis auf. Claudius Seleucus Papiniano suo sal. Meuius in adulterio Semproniae damnatus eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem, qui moriens heredem eam reliquit, quaero, an iustum matrimonium fuerit, et an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi, neque tale matrimonium stare neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere, sed quod relictum est, ad fiscum pertinere.*

c) *L.* 20. *eod. Ei, qui mortem vxoris non defendit, vt indigno dos aufertur. L.* 21. *Portionesque eorum fisco vindicantur, qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt. Omnes enim heredes, vel eos, qui loco heredis sunt officiose agere circa defuncti vindictam conuenit.* add. tit. D. ad SCt. Silan. — I. Ignevs *ad t. D. de Silaniano et Claudiano SCto.* Lugd. et Aurel. 1539. I. Volschovius Diss. *ad L.* 13. *ff. de Scto Silan. et Claud.* Gryph. 1647.

d) *L.* 19. *D. eod. Si scriptis heredibus ideo hereditas ablata est, quod testator aliud testamentum mutata voluntate facere voluit et impeditus ab ipsis est: ab vniuerso iudicio priori recessisse eum videri.* add. *L.* 1. *pr. D. si quis aliq. test. probib. Qui dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire volente eo facere testamentum, vel mutare D. Hadrianus constituit, denegari ei debere actiones, denegatisque — fisco locum fore.*

e) *L.* 3. *D. eod. Indignum esse D. Pius illum decreuit —*

qui

qui manifestissime comprobatus est, id egisse, vt per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur. add. *L.* 10. *C. eod. et L.* 7. §. 4. *D. de bon. damnat.*

f) *L.* 9. *D. eod. Si inimicitiae capitales interuenerunt inter legatarium et testatorem et veri simile esse coeperit, testatorem noluisse legatum siue fideicommissum praestari ei cui adscriptum relictum est, magis est vt legatarius ab eo peti non possit. Si palam et aperte testatori male dixerit, et infaustas voces aduersus eum iactauerit, idem erit dicendum. Si autem statui eius controuersiam mouet, denegatur eius, quod testamento accepit, persecutio, ex qua specie statim fisco deferetur.* J. C. Quistorp ob eine bürgerliche Wittwe, welche nach ihres Ehemannes Tode eine unzüchtige Lebensart treibt, die ihr von jenen verschriebene Vermächtniße und andern zugebilligte Vortheile verliehrt? (Ei. Beytr. 2. St. n. 2.)

g) *L.* 10. *eod. In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promisit restituturum se personae, quae legibus ex testamento capere prohibetur: siue chirographum eo nomine dederit, siue nuda pollicitatione repromiserit.* add. *L.* 18. *eod.*

h) *L.* 5. §. 6 *eod.* — *Si is, cui rogatus sum legatum restituere, falsum dixerit, restituere id fisco debebo. Qui accusauit falsum, heres legatario exstitit, vel heredi scripto, nihil huic nocere dicendum est, similis est ei et qui inofficiosum dixit.* *L.* 8. §. 14. *D. de inoff. test.* D. Nettelbladt Diss. *de eo qui de iure disputauit haud indigno ad L.* 5. §. 1. *et* 24. *D. de his q. v. i. auf.* Hal. 1765. C. H. Breuning Diss. *an supersit causa odii querelae inofficiosi testamenti,* Lips. 1772. I. C. Woltaer *legatarium in quer. inoff. non obtinentem iure nouissimo relictum legatum non semper amittere.* (*F.* 1. *obs.* 26.).

i) *L.* 1. *eod.*

k) *L.* 1. *eod.* — *quasi indignum carere legato seu fideicommisso* — *eum* — *post mortem eius quasi illicitae mercis negotiatorem detulerat, quamuis et praemium meruit.*

l) *L.* 9. *pr. D. eod.* (not. *f*).

m) *L. pen. C. de legat. Si legatarius vel fideicommissarius celauerit testamentum, et postea hoc in lucem emiserit — huiusmodi*

modi legatum illi quidem auferatur, maneat autem quasi pro non scripto apud heredem. —

u) *L.* 5. §. 2. *de hi q. v. ind. Amittere id quod testamento meruit, et eum placuit, qui tutor datus excusauit se a tutela. Sed si consecutus fuerit, non admittitur ad excusationem — sed hoc legatum — non ad fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cuius vtilitates desertae sunt.*

§. DCLIV.

De exstinctione legatorum.

Exspirat seu *extinguitur* legatum 1) *si legatarius viuo testatore moritur a*) (§. 648.) 2) *si res aliena legata iam ex caussa lucratiua ad legatarium peruenit.* (§. 634 *not. h*) 3) *si res legata perit b*). Heres enim casum ferre non tenetur. Vnde mortuo animali neque corium neque caro debetur *c*). Si autem *vna* solum ex pluribus rebus legatis perit, *reliquae adhuc debentur d*). *Grege* legato, licet omnia capita, vno saltim excepto mortua fuerint, *illud vnum adhuc vindicari potest e*), secus est in vsufructu gregis legato.

a) *L.* 8. *D de adim. v. transf. leg.*

b) *L.* 65. *D. de leg.* 1. *Si domus fuerit legata, licet particulatim ita refecta sit. vt nihil ex pristina materia supersit, tamen dicemus, vtile manere legatum. At si ea domo destructa aliam eodem loco testator aedificauerit, dicemus interiri legatum, nisi aliud testatorem sensisse fuerit adprobatum.*

c) *L.* 49. *de leg.* 2. *Mortuo boue qui legatus est, neque corium neque caro debetur. Si Titio frumentaria tessera legata sit, et is decesserit, quidam putant, extingui legatum. Sed hoc non est verum. Nam cui tessera vel militia legatur, aestimatio videtur legata.*

d) *L.* 20. 62. 63. *de leg.* 1. §. 17. *I. de legat.*

e) §. 18. *I. eod. Si grex legatus fuerit, et postea ad quam ouem peruenerit, quod superfuerit, vindicari potest. Grege autem legato, etiam eas oues, quae post testamentum factum gregi adiiciuntur, legato cedere Iulianus ait.* add. *L.* 21. 22. *D. de leg.* 1.

§. DCLIV.

§. DCLV.

De ademtione legatorum.

Adimitur a) legatum, *ſi legatum nude reuocatur* (§. 650.), quod vel verbis expreſſis factum eſſe poteſt, vel ex aliis cauſis factum cenſetur. Priori in caſu eſt *ademtio expreſſa*, quae verbis ſolemnibus fieri debebat, ſi legatum ſolemni modo (§. 617.) relictum erat, *ſed iure nouiori b*) *in omni caſu nuda voluntas ſufficit*, adeoque *teſtes ſolum probationis cauſa* requiruntur. Poſteriori vero eſt *ademtio tacita*; *quae contingit* 1) *ſi teſtator nomen legatum exegit viuus, vel debitum remittit c*), 2) *ſi rem legatam alteri donat* licet donatio ipſa non valeat *d*), 3) *ſi eam voluntario alienat e*), 4) *ſi formam rei legatae ita mutat, vt ad priſtinam qualitatem reduci nequeat f*), 5) *ſi inimicitiae capitales interceſſerunt, neque reconciliatio facta eſt*, aut *peſſimum hominem dixerit g*), 6) *ſi teſtator legatum induxit vel reſcidit h*). Male autem huc trahitur, ſi poſt factum teſtamentum *liberi naſcuntur*, neque argumentum de reuocandis donationibus procedit.

a) G. A. Strvvivs Diſſ. *de tacita legatorum ademtione*, Ien 1692. *a* Leyser Spec. 394. D. L. Geiger Diſſ. *de ademtione et translatione legatorum*, Arg. 1751.

b) *L.* 3. §. 11. *L.* 13. *D. de adim. vel transf. L.* 27. *C. de fideic. Fideicommiſſum eius, qui reliquerat, poenitentia probata ſucceſſores nunquam praeſtare compelluntur.* C. L. Crell Diſſ. *quomodo legatum nuda voluntate adimatur, ad L.* 3. §. 11. *D. de adim. vel transf. leg.* Viteb. 1742.

c) *L.* 75. §. 2. *de leg.* 1. (§. 212. *n. b*). §. 21. *I. de leg.*

d) *L.* 18 *de adim. vel transf. Rem legatam ſi teſtator viuus alii donauerit, omnimodo extinguitur legatum. Nec diſtinguimus, vtrum propter neceſſitatem rei familiaris, an mera voluntate donauerit. — Haec enim diſtinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in neceſſitatibus liberalis exſiſtat. L.* 24. *eod — ſed etſi non valeat donatio, tamen minuiſſe filiae legatum pater intelligitur.*

e) §.

e) §. 12. *I. de leg.* L. 11. §. 12. *de leg.* 3. *Si rem suam testator legauerit, eamque necessitate vrgente alienauerit, fideicommissum peti posse, nisi probatur adimere ei testatorem voluisse: probationem autem mutatae voluntatis ab heredibus exigendam.*

f) L. 65. § *fin. de leg.* 1. (§ 243. not *b*) L. 88. § 1. *de leg.* 2.

g) L. 3. §. *vlt. de adim. vel transf. Non solum autem legata sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. Vnde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur. Et si quidem capitales vel grauissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videri, quod relictum est. Sin autem leuis offensa, manet fideicommissum. Secundum haec et in legato tractamus, doli exceptione opposita* add L. 4. *eod.* (§. 423. *not. a*) L. 13. 31 *eod.*

h) L. 16. *eod. Nihil interest, inducatur quod scriptum est, an adimatur.*

§. DCLVI.

De translatione legatorum.

Translatio a) legatorum et fideicommissorum est *mutatio eorundem ita facta vt nouum inde oriatur.* Haec igitur translatio differt ab ea, qua transmissio designatur. Fit autem translatio quatuor modis *b*) 1) *si persona heredis mutatur*, cui praestatio iniuncta est, ex quo legatarius nullum damnum sensit, 2) *si res legata mutatur*, 3) *si modus mutatur*, 4) *si persona legatarii commutatur.* Sed in posteriori casu, si testator legatum priori legatario non expresse ademerit, *vterque ad idem legatum* vocatus, et legatum in dubio *cum sua causa* translatum censetur *c*). Quum inde nouum legatum oriatur, *solemnitatem ordinationis* adeoque *praesentiam quinque testium* requirunt, quod vero, si in codicillis testamentariis fiat, *non necessarium* sed *sola probatione opus esse putamus.*

a) C. WILDVOGEL Diss. *de transl. fideicommissi*, Ien. 1699. C. H. BREVNING Diss. *an omnis transl. inuoluat ademtionem*, Lips. 1772.

b) L.

b) *L. 6. D. de adim. vel transf. Translatio fit quatuor modis. Aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur, vt alius det, aut cum res pro re datur, vt pro fundo decem aurei, aut quod pure datum est, transfertur sub conditione. Sed si id quod a Titio dedi, a Menio dem quamuis soleant esse duo eiusdem rei debitores, tamen verius est, hoc casu ademtum esse legatum. — Idem si pro fundo decem legentur, quidam putant non esse ademtum prius legatum, sed verius est ademtum esse. Nouissima enim voluntas seruatur.*

c) *L 24 D. eod. Legatum sub conditione datum cum transfertur, sub eadem conditione transferri videtur, si non conditio priori personae cohaereat. Nam si quis vxori sublatis liberis legauerit, repetita conditio non videbitur, quae fuit in persona mulieris necessaria.* D. ab AGVIRRE Tr. *de tacita onerum et conditionum repetitione*, Vienn. 1721.

MEMBRVM II.
De beneficiis heredibus indultis.

§. DCLVII.

Beneficia heredibus indulta pro diuersitate onerum hereditariorum (§. 613.) diuersa sunt. Intuitu onerum hereditariorum *necessariorum* seu obligationum defuncti adimplendarum atque adeo aeris alieni soluendi 1) *beneficium abstinendi* liberis suis indultum est, vt hereditate ipso iure adquisita sese iterum abstinere possint, de quo iam supra actum est (§. 430.), 2) *beneficium deliberandi*, 3) *beneficium inuentarii*. Intuitu autem onerum hereditariorum *voluntariorum* et quidem 1) intuitu *legatorum* competit *beneficium Legis Falcidiae*, 2) intuitu autem *fideicommissorum*, *beneficium SCti Trebellianici* et *Pegasiani*.

a) *De beneficio deliberandi.*

§. DCLVIII.

Quum heres per aditionem hereditatis omne aes

aes alienum defuncti exſoluere obligatus fieret, indeque facile contingere poſſet, vt heredes per improuidam hereditatis aditionem inſigne damnum ſentirent, ſaepe factum fuit, vt heredes hereditatem ſuſpectam neque repudiarent, neque eam adirent, ſed in ſuſpenſo relinquerent. Vt igitur creditoribus, quos heredes per eorum tergiuerſationem ſaepe illudebant, vtque ipſis heredibus proſpiceret, Praetor ſuo quodam edicto promiſerat, *ſe heredi certum tempus petenti daturum a*) illudque beneficium nominabatur *beneficium deliberandi b*). Hoc tempus iure Pandectarum ab arbitrio Praetoris et poſtea aliorum iudicum pendebat, modo non pauciores dies darentur quam centum, ſed per Principum Conſtitutiones ita determinatum eſt, *vt ſi a Principe peteretur, eſſet ſpatium vnius anni, ſin a magiſtratu IX menſium,* quod tamen tempus tunc demum neceſſarium eſt, *ſi creditores* aut *legatarii ad declarationem heredis prouocant c*). Sin autem nemo heredis declarationem deſiderat, nullum dubium eſt, quin etiam heredi eo vsque integrum maneat hereditatis adeundae arbitrium, quousque eius hereditatis petitioni ab alio non praeſcriptum eſt *d*). *Effectus* huius beneficii ſunt, *vt heres ſine metu pro herede geſtionis res hereditarias et inſtrumenta inſpicere, hereditatis vires explorare, eam adminiſtrare, aes alienum durius ſoluere, et res perituras iuſto pretio vendere poſſit e*).

a) *L. 1. et 2. D. de iur. delib.*

b) I. B. WERNHER Diſſ. *de vſu beneficii deliberandi*, Vit. 1720. B. SCHVLZ Diſſ. *de iure deliberandi et beneficio inuentarii*, Rint. 1725. I. M. BESEKE Comm. *de cretione, iure deliberandi et inuentario in adeunda hereditate*, Hal. 1773.

c) *L. vlt. C. de iure delib. — indulgemus quidem eis petere deliberationem vel a nobis vel a noſtris iudicibus, non tamen amplius*

amplius ab imperiali quidem culmine vno anno, a nostris vero iudicibus nouem mensibus, vt neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur, sed si fuerit datum, pro nihilo habeatur.

d) G. Stravs Diss. *de praescriptionis tempore circa hereditatis immixtionem et aditionem*, Vit. 1701.

e) *L. 5. 6. D. eod. — potest is, qui deliberat, sine praeiudicio eas iustis pretiis vendere; qui possit etiam ea, quae nimium sumtuosa sint, veluti iumenta, aut venalitia, item ea quae mora deteriora fiant, vendere; quique praeterea curaturus sit, vt aes alienum, quod sub poena vel sub pretiosioribus pignoribus debeatur soluatur.*

b) De *beneficio inuentarii.*

§. DCLIX.

Pinguiori remedio heredibus prospexit Iustinianus introducto *beneficio inuentarii a*). Constituit enim *b*) *vt heres statim hereditatem adire et in tantum obligationes defuncti adimplendas suscipere possit, in quantum hereditas sufficeret*, simulque, vt de viribus hereditatis legitime constaret, *inuentarium exhibendi necessitatem imposuit heredi*, quo facto *declarare debet heres se hereditatem defuncti secundum tenorem huius inuentarii adire.* Inuentarium rite confectum *c*) hodie requirit, vt 1) *statim post mortem testatoris obsignatio iudicialis rerum hereditariarum mobilium fiat*, ne hereditas expilari possit. Obsignatio haec actus iudicialis et quidem iurisdictionis competentis habetur, indeque nec in alieno territorio *d*) nec notariis permittitur, quamuis id alii contendant. 2) *Designatio rerum hereditariarum fieri debet a personis publicis seu iudicialibus et quidem ab actuario iudicii et plerumque praesente assessore iudicii* non tantum *res immobiles et mobiles sed etiam nomina e*) *tam passiua* quam *actiua signentur.* Quod si haec sint obseruata, heres non opus habet, vt iuramento de-

signa-

ſignationem corroboret, ſalua tamen probatione creditorum et legatariorum, heredem quasdam res amouiſſe. Neque adeo iure communi ſpecificatio priuata licet iureiurando confirmetur, ob lubricitatem iuramenti, loco inuentarii ſubſtitui poteſt, quod tamen paſſim legibus prouincialibus et praeſertim Brand. *f*) iure conſtitutum eſt. Per benef. inuentarii non ſublatum eſt benef. deliberandi, potius *heres deliberans adhuc benef. inuentarii vti poteſt g*) et ſi inuent. legitimum non adeſt, neque ſpecificatio iurata admittitur, ſoli benef. deliberandi locus eſſe poteſt.

a) H. A. M. *de* CHLINGENSPERG Diſſ. *ad L. fin. C. de iure deliberandi ſeu de inuentario*, Ingolſt. 1727.

b) *L. vlt. C. de iure delib.* — *Sin autem dubius eſt vtrum ne admittenda ſit, nec ne, defuncti hereditas, non putet ſibi eſſe neceſſariam deliberationem, ſed adeat hereditatem, vel ſeſe immiſceat; omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur — ſub praeſentia tabulariorum ceterorumque qui ad huiusmodi fectionem neceſſarii* (vid. Nou. 1.) *ſunt, ſubſcriptionem tamen ſupponere heredem neceſſe eſt, ſignificantem et quantitatem rerum, et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remaneant* — §. 10. *Licentia danda creditoribus ſeu legatariis vel fideicommiſſariis, ſi maiorem putauerint eſſe ſubſtantiam a defuncto derelictam, quam heres in inuentario ſcripſit, quibus voluerint legitimis modis, quod ſuperfluum eſt, approbare — vel per ſacramentum illius, ſi aliae probationes defecerint, vt vndique veritate exquiſita, neque lucrum, neque damnum aliquod heres ex huiusmodi ſentiat hereditate.* — — — F. *van den* STEEN Diſſ. *de beneficio inuentarii ad L. vlt. C de iur. delib.* Trai. ad Rh. 1734.

c) P. WACHAV Diſſ. *de ſolemnitatibus et effectibus inuentarii hereditatis*, Alt. 1726.

d) E. E. STIELER Diſſ. *an liceat obſignare in alieno territorio res hereditarias*, Erf. 1750.

e) Schema eiusmodi inuentarii praeſcriptum eſt *Edict. d.* 30. *Apr.* 1765.

f) *cit. Edict.* — „ordnen daß derjenige, welchem eine Erbſchaft anheim fällt, gehalten ſein ſolle, wenn er in eben „der

„der Provinz wohnt binnen 6 Wochen, wenn er in einer „andern Provinz — 40 Meilen oder weniger von des „defuncti gehabten domicilio davon entfernt wohnt, „binnen 2 Monathen; wenn er aber über 40 Meilen „davon entfernt wohnt, binnen 3 Monathen nach davon „erhaltner Nachricht bey den Gerichten, worunter der „Erblasser zur Zeit seines Absterbens sein domicilium „gehabt sich zu erklären, ob er entweder nicht Erbe seyn „oder schlechterdings, ohne sich die Wohlthat des inuen„tarii zu nutze zu machen, oder aber mit Vorbehalt dieser „Wohlthat die Erbschaft antreten wolle. In diesem letzten „Falle muß er zugleich ein solemnes Inuentarium, „oder statt dessen eine Specification, wie er solche auf „Erfordern eydlich bestärken kann, über den Nachlaß „übergeben — §. 3. Hat der Erbe binnen der gesezten „Zeit sich entweder gar nicht, oder sich nur pro herede „cum beneficio inuentarii erklärt — so sollen zwar in „beiden Fällen ohne Verstattung eines weitern spatii de„liberandi oder einer Restitution in integrum pro he„rede cum beneficio inuentarii gehalten." — — —

g) H. Coccen Diss. *de poena non confecti ab herede inuentarii*, Heid. 1685. (Ei. Exerc. curiol. Vol. 1. n. 61.). I. N. Hertius Diss. *de effectibus inuentarii non confecti.* (Ei. opusc. Vol. 11. T. 3.). C. S. A. *ab* Aeminga Diss. *an heres deliberans benef. inuentarii vti possit*, Gryph. 1773.

§. DCLX.

De effectibus beneficii inuentarii.

Aditio hereditatis cum beneficio inuentarii operatur, vt 1) *confusio bonorum* (§. 428.) *euitetur*, et bona defuncti a bonis heredis separata maneant, 2) *vt casum intuitu rerum hereditariarum contingentem heres non ferat*, sed res creditoribus pereant 3) *vt primis creditoribus venientibus soluat*, *sine respectu praelationis*, sed creditoribus priuilegiatis solum regressus competit aduersus eos, qui solutionem acceperunt, et minus priuilegiati sunt, *sibi ipsi autem soluere tantum potest secundum prioritatem temporis.* Sed secundum *nostras* leges

ges *b*) solutio fieri debet iuxta priuilegium ipsorum creditorum et secundum ordinationem concursus. Si pecunia numeraia in hereditate non adest, *heres alias res in solutum dat*, atque adeo 4) *vltra vires hereditatis heres non tenetur. Remissio* testatoris *c*) in praeiudicium legitimae et creditorum inualida est, bene vero valet intuitu coheredum et eorum, quibus in testamento aliquid relictum est, sed et in hoc casu iuramentum exigi potest, si suspicio subtractionis adest.

a) *L. fin.* §. 4. *C. de iur. delib. Et si praefatam obseruationem inuentarii faciendi solidauerint, hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiae aduersus legatarios vtantur beneficio, vt in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res et substantiae ad eos deuolute valeant, et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant. —— Sin vero creditores, qui post emensum patrimonium needum completi sunt, superueniant, neque ipsum heredem inquietare, neque eos, qui ab eo comparauerint — Licentia creditoribus non deneganda aduersus legatarios venire, — licet aliis creditoribus qui ex anterioribus veniunt hypothecis aduersus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere. — —*

b) *Corp. Iur. Frid. Lib.* 1. *P. II. Tit.* 27. §. 47. „Wenn „aber der Erbe — und also für einen Beneficialerben „geachtet wird, so ist er den Erbschaftsgläubigern nur auf „den Betrag des Nachlasses gerecht zu werden verbunden: „er kann aber sich auch nicht anmaßen denselben nach „eigner Auswahl, Zahlung zu leisten, sondern er muß sol„ches nach derjenigen Ordnung thun, welche die Gesetze vor„schreiben. Beobachtet er diese Vorschrift nicht — sondern „muß denselben aus seinem eignen Vermögen so hoch gerecht „werden, als sie erhalten haben würden. — — —

c) S. STRYCK Diss. *de remissione inuentarii*, Vit. 1691. (Ei. *Diss. Francof. Vol.* 17. *n.* 24.) D. G. ECKARDT Pr. *an et in quantum inuentarii remissio licita sit*, Lips. 1728 F. G. ZOLLER Diss. *vtrum testator inuentarii confectionem aut iuratam specificationem, remittere possit*, Lips. 1768.

c) De

c) De *beneficio Legis Falcidiae.*

§. DCLXI.

Origo et historia Legis Falcidiae.

Olim licebat, inquit THEOPHILVS *a*), *totum patrimonium per legata exhaurire, vel etiam fere totum, permittente hoc lege XII. Tabb. quae ait: vti quisque legassit suae rei, ita ius esto, id est, vtrumque quis legauerit vel disposuerit de suo patrimonio, illud Lex esto. Sed postea placuit hanc legandi licentiam contrahere, atque hoc pro testatoribus ipsis inuentum est, quoniam vt plurimum intestati moriebantur testatores, scriptis heredibus aditionem recusantibus, quia nullum aut minimum iis inde lucrum adueniebat. Et lata est post illa Lex Furia quae sanciebat, non licere cuiquam legare vltra mille nummos b*). *Si vero quis relictam quantitatem maiorem accepisset, quadruplum eius, quod supererat, restituebat. Veluti, si mille ducentos accepisset nummos, reddebat quadruplum ducentorum, id est octingentos. Sed facile haec lex eludebatur, nam si quis patrimonium habens quinquies mille nummorum, legatariis quoque millienos legaret nummos; nihil in legem offendebat, et heres rursus cernebatur hereditatem repudiare, quod nullum haberet lucrum, atque ita rursus subuertebantur testamenta. Verum tertio loco lata est Lex Voconia, quae sanxit, ne legatarius plus caperet, quam heres, sed et haec facile subuerti poterat. Nam si quis centum nummorum patrimonium habens me instituisset heredem, et nonaginta nouem legatariis singulum cuique nummum legasset, neque legem transgrediebatur, et rursus locum repudiationi praebebat. Propter vnum enim nummum non sustinebat heres vniuersae hereditatis onera*

onera subire. Ad postremum igitur facta est L. Falcidia c), quae defuncti patrimonium in duodecim diuisit vncias, et sanxit, non licere cui plus nouem vnciis totius patrimonii legare, siue vnus sit scriptus heres, siue plures, sed quadrantem patrimonii manere iussit apud heredem vel heredes.

a) *Paraphr. Lib. II. tit.* 22. add. *pr. I. de L. Falc.*

b) Mille nummi apud THEOPHILVM idem sunt, ac apud VLPIAN *fragm. tit.* 1. §. 2. mille asses, qui aequant CCL. sestertios, quartam scilicet partem mille sestertiorum. Exceptae autem ipsa Lege Furia erant *certae personae*, de quibus iam nihil certi constat.

c) A. V. C. DCCXIV. lata. — C. M. SCHWOPE Pr. *historia legis falcidiae*, Lips. 1763. I. VOORDA Comm. *ad legem Falc.* cum Diss. *de legat. partit.* Harl. 1730. F. H. GRAFF Diss. *de lege Falc. eius origine, dispositione nec non vsu in foro Saxonico*, Lips. 1713. M. G. WERNHER Diss. *Decas errorum Boehmerianorum in doctrina de lege Falcidia et fideicommissis*, Erlang. 1770.

§. DCLXII.

Heres igitur post hanc falcidiam rogationem si quartam partem hereditatis non saluam habet, sed legatis exhausta aut diminuta est, *a legatis detrahit quantum illi ad ipsam quartam falcidiam deest.* Ex sententia deinde huius legis sequentia inducta sunt principia 1) *non solum heredem testamento institutum, sed etiam heredem ab intestato a)* non vero legatarios et fideicommissarios vlteriori restitutione grauatos *b) quartam falcidiam detrahere posse*, 2) *quartam hanc deducto prius aere alieno ex hereditate demum computandam esse c)*, 3) *quantitatem patrimonii ex tempore mortis ipsius testatoris spectari d)*, et quidem *secundum communem valorem e)*, 4) *si legatum incertae est aestimationis*, puta legatum alimentorum aut legatum annuum, *peculiaris modus computandi legibus f) est praescriptus*, 5) *id denique solum in quartam computare opus habet heres, quod titulo heredis*

inſtitutionis directae accepit, non ea, quae tamquam ***praelegatum*** accepit, quamuis et de his praelegatis quarta eadem ratione pro rata detrahatur, qua cetera legata detractioni quartae falcidiae ſubſunt *g*).

a) *L 18. pr. D. ad L. falcid.* — *Dixi legem Falcidiam inductam eſſe a D. Pio etiam in inteſtatorum ſucceſſionibus propter fideicommiſſa.*

b) *L. 47. §. 1. D. eod. Nunquam legatarius vel fideicommiſſarius: licet ex Treb SCto reſtituitur ei hereditas, vtitur leg. Falc. benef.*

c) *§. 3. I eod. Cum autem ratio L. Falcid. ponitur, ante deducatur aes alienum, item funeris impenſa et pretia ſeruorum manumiſſorum, tunc demum in reliquo ita ratio habetur, vt ex eo quarta pars apud heredem maneat, tres vero partes inter legatarios diſtribuantur, pro rata ſcilicet portione eius, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque ſi fingamus quadringentos aureos legatos eſſe, et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum eſſe, quarta pars legatariis ſingulis debet detrahi.* add. *L 39. 69. eod. L. vlt. §. 9. C. de iure delib.*

d) *§ 2. I. eod. Quantitas autem patrimonii ad quam ratio L. Falc. redigitur, mortis tempore ſpectatur. Itaque v. g. ſi is qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat, centum aureos legauerit, nihil legatariis prodeſt, ſi ante aditam hereditatem — tantum acceſſerit hereditati, vt centum aureis legatorum nomine erogatis heres quartam partem hereditatis habiturus ſit, ſed neceſſe eſt, vt nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diuerſo, ſi ſeptuaginta quinque legauerit, et ante hereditatem in tantum decreuerint bona — vt non amplius quam ſeptuaginta quinque aureorum ſubſtantia, vel etiam minus relinquatur, ſolida legata debentur.*

e) *L. 42. L. 62. §. 1. L. 63. pr. eod.*

f) *L. 3. §. 2. D. eod. Item ſi reipublicae in annos ſingulos legatum ſit, cum de lege Falc quaeratur, Marcellus putat, tantum videri legatum, quantum ſufficiat ſorti ad vſuras trientes eius ſummae quae legata eſt colligendas. L. 68 eod.* (A. Macer.) *Computationi in alimentis faciendae hanc formam eſſe Vlp. ſcribit: vt a prima aetate vsque ad annum viceſimum, quantitas alimentorum triginta annorum computetur, eiusque quantitatis falcidiae praeſtetur, ab annis vero viginti vsque ad annum viceſimum quintum, annorum viginti octo, ab annis viginti quinque vsque ad annos triginta, annorum viginti quinque; ab annis triginta vsque ad annos triginta quinque, annorum viginti duo: — Eoque nos iure vti Vlp. ait, et circa computationem vſusfructus faciendam. Solitum*

tum est tamen a prima aetate vsque ad annum trigesimum, computationem annorum triginta fieri, ab annis vero triginta, tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur. Nunquam ergo amplius quam triginta annorum computatio initur. Sic denique et si reipublicae vsusfructus legetur, triginta annorum computatio fit. I. E. BENEGGER Diss. *de alimentis eorumque computatione in detrahenda quarta falcidia,* Alt. 1720. F A. SCHMELZER Comm. 1. *de probabilitate vitae eiusque vsu forensi, qua maxime theoriam expectationis vitae antiquitati vindicat,* Goett. 1787.

g) *L.* 91. *eod. In quartam hereditatis, quam per L. Falc. heres habere debet, imputantur res quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi vel implendae conditionis causa accipit. Nam haec in quartam non imputantur.*

§. DCLXIII.

An quarta falc. in singulis hereditariis portionibus ponenda sit? Et quidem a) in heredis instit. prima?

Si quaeritur vtrum in singulis hereditariis portionibus ponenda sit legis Falcidiae ratio? distinguendum, vtrum *de heredis institutione plurium prima,* an *de substitutione* (§. seq.) sermo sit? *Priori* in casu *vel* omnes heredes scripti portionem adscriptam adquirunt, et tunc *singuli etiam in singulis portionibus a) hanc quartam detrahendi iure gaudent,* siue haec quarta in relatione ad totam hereditatem sit salua nec ne; *vel* non omnes adquirunt *b*) et tunc 1) si *sola portio illius heredis qui heres factus est* vltra dodrantem legatis a testatore relictis grauata est, *non in singulis sed vna tantum quarta falcidia ponenda est* ex coniunctis his portionibus demum computanda, 2) si *sola portio adcrescens* legatis est exhausta, *a sola deficientis portione quarta haec detrahitur,* 3) si *vtraque portio* est exhausta *in vtraque quoque lex Falcidia ponitur.*

a) § 1. *l. eod. — etenim in singulis heredibus ratio L. Falc. ponenda est* G G DINCKLER Diss *de eo, quod iustum est circa detractionem quart Falc.* Lips. 1727. I. B. L. B *de* BERNSTORFF Diss. *de ratione legis Falc. in singulis heredibus maxime substitutis ponenda,* Goett. 1754. S. I KAPF Comm. *de-*

detractione falcidiae, portione grauata vel non grauata, coheredi adcrescente, Tub. 1760.

b) *L.* 78. *D. eod.* — *et placet si eius pars legatis exhausta sit, qui heres exstiterit, adiuuari legatarios per deficientem partem, quae non est legatis onerata; quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt vt ceteris legatariis aut nihil aut minus detrahatur. Si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem L. Falc. atque si ad eum ipsum pertinet et, a quo defecta fieret.*

§. DCLXIV.

b) In substitutionibus.

Posteriori in casu I. *quoad substitutionem coheredum reciprocam,* vel substitutio vulgaris, vel substitutio pupillaris facta est. *Illo* in casu *semper vna tantum falcidia quarta ponenda est a)*, atque adeo non idem obtinet in hoc casu ac in praecedente specie, si portio deficiens adcrescit. *Hoc* vero in casu 1) *si duo filii sui impuberes instituti sibique substituti sunt b) et 2) si extraneus filio impuberi pupillariter substitutus est* et quidem si solius pupilli portio legaris est exhausta, et 3) *si sola pupilli* quidem portio exhausta non est, *ast pupillus heres non factus est,* tunc in his tribus casibus *vna tantum falcidia ponenda est:* 4) *si vero extraneus pupillariter est substitutus, ast pupillus heres patris factus est,* tunc *a singulis portionibus falcidia detrahitur.* II. quoad *substitutionem* autem *quae plurium coheredum reciproca non est,* siue vulgaris siue pupillaris facta sit substitutio, *semper vna tantum falcidia poni potest* siue in substitutione vulgari *ab ipso substituto,* siue *ab instituto* siue *ab vtroque* testator legasset, et siue in substitutione *c)* pupillari. tam in *primis* quam in *secundis tabulis,* et siue in *solis primis tabulis,* et siue in *solis primis tabulis a pupillo,* siue *in solis secundis a pupillariter substituto* reliquerit legata.

a) *L.* 1. §. 13 *D eod. Id quod ex substitutione coheredis ad coheredem peruenit, proficit legatariis Is enim similis est heres ex parte pure, ex parte sub conditione heredi instituto. Sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem non augebuntur, scilicet si ab eo nominatim data sunt, non quisquis mihi heres erit,* add. *L.* 87.

b) L.

b) *L.* 11. *L.* 81. §. *6. eod.*

c) Legata in fecundis tabb. conftituta quafi fub conditione in primis tabb relicta habentur. *L* 79. *D. eod.* C. Rav Diff. *ad L.* 79. *D. ad L. falc.* Lipf. 1772.

§. DCLXV.

Quando detractio falcidiae ceffat?

Detrahi quarta falcidia *non poteft* 1) *fi teftator expreffe illud prohibuerit a*). Non igitur praefumtiones fufficiunt, pro *expreffa* tamen prohibitione *habetur, fi alienationem rei ex determinata caufa interdixit b*) non vero fi teftator dixit integra legata praeftari debere, 2) *in totum aut pro parte quarta haec ceffat fi huius nomine a teftatore viuo aliquid accepit c*), 3) *in teftamento militis d*), 4) *in legatis ad pias caufas*, fed *tunc folum, fi heres contumax fit*, et *fubftantiam infufficientem fimulauerit e*), 5) *in libertatibus legatis f*), 6) *in legatis debiti* et *dotis relegatae g*), 7) *fi heres inuentarium non confecit*, et *alius dolofe circa legata egit h*), 8) *fi heres ex ignorantia iuris integra legata exfoluit i*).

a) Nou 1. c 2. *Si vero expreffim defignauerit non velle heredem retinere falcidiam, neceffarium eft teftatoris valere fententiam et aut volentem eum parere teftatori — aut fi parere noluerit, eum quidem recedere ab huiusmodi inftitutione, locum vero fieri fubftitutis* — (vid. § 170). C. H Brevning Diff. *an probibitio detractionis Falc excludat pactum cum legatar. de ea detrabenda,* Lipf. 1767. S I Kapf Diff. *de d. falc. in militari teftam. et ea probibitione ceffante.* Tub. 1787 Meditt. 1. B. n 47.

b) Nou 119. c. 11. (*Auth. Sed. et in ea C. ad L. Falc*). *Si quando autem aliquis teftam faciat, et aliquam rem immobilem fuae familiae aut alteri cuicunque perfonae nomine legati reliquerit, et fpecialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari, fed aut apud heredes aut apud fucceffores illius, cui relicta eft, permanere: in hoc legato iubemus Falc. legem locum penitus non habere, quoniam alienationem eius teftator ipfe probibuit* J. C. Quiftorp von ftillfchw. Verb. der fogen. quart. falc. (Ei. Beytr. S. 548.).

c) *L.* 91. *D. ad L. Fal. Sed et fi accepta pecunia hereditatem reftituere rogatus fit id, quod accipit, in quartam ei imputatur, ut D. Pius conftituit.*

d) L.

d) *L. 17. § vlt D. L. 12. C de teſt. milit.*

e) *Nou. 131. c. 12. Si autem heres quae ad pias cauſas relicta ſunt, non impleuerit, dicens relictam ſibi ſubſtantiam non ſufficere ad iſta, praecipimus omni falcidia vacante, quidquid inuenitur in tali ſubſtantia proficere prouiſione ſanctiſſimi locorum epiſcopi ad cauſas, quibus relictum.* H. T. PAGENSTECHER Diſſ. *de L. Falc. in cauſis piis ceſſante*, Hann. 1724. Plerique tamen et ipſa *Auth. ſimiliter C. ad L. Falc.* indiſtinctim legata ad p. cauſ. detractioni Falc. exemta eſſe aiunt, quos tamen ſolide refellit G. F. DEINLINVS Diſſ. *L. Falc. ad legata p. c. pertinere*, Alt. 1737. Nec iure Pand. exemta fuerunt *L. 1. §. 5. D. eod. Ad municipum quoque legata, vel etiam ea, quae Deo relinquuntur, L. Falc pertinet.* F. C. CONRADI Diſſ. *de Diis hered. ex teſtam apud Rom* Lpſ 1725. Ei. Pr. *de quarta Falc. legat in dona Deorum relict. deducenda*, Helmſt. 1746.

f) *L. 33. 34. 43. D. ad L. Falc.*

g) *L. 57. 81. D. eod.* C. H. BREVNING Diſſ. *de non vſu quart. Falc. in legato debiti*, Lipſ. 1766. Ei. Diſſ. *de cauſſa quartae Falc. in legato liberationis.* ib. 1772.

h) *Nou 1. c. 2. L. 59. 68. §. 1. eod. L. vlt. §. pen C. de iure delib.* C. HARTMANN Diſſ. *de herede legatar. et fideicommiſſ. neglecto licet inuentario vltra vires hereditatis non obligato occaſ § 2. c. 2. Nou. 1. nec non art. 5. tit. 7. p. 3. Statut. Hamb.* Lipſ. 1744. Medlet. 1. B. n. 48.

i) *L. 9. C. ad L. Falc. Error facti, quartae ex cauſ. fideic. non retentae repetit. non impedit. Is autem qui ſciens ſe poſſe retinere, vniuerſum reſtituit condictionem non habet: quin etiam ſi ius ignorauerit, ceſſat repetitio.*

b) *De beneficio SCti Trebelliani et Pegaſiani.*

§. DCLXVI.

De origine et viciſſitudinibus horum SCtorum.

Sed ſi quis heres ſcriptus, narrat THEOPHILVS *a*), *hereditatemque reſtituere rogatus, eam reſtituerit, nihilominus heres manet, quia ius incorporale ei infixum eſt. Qui autem eam recipiebat antiquiſſimis quidem temporibus emtoris vicem obtinebat, poſt illa vero interdum heredis, interdum vero legatarii. Et dicamus priori ſermone de emtore. Quia abſurdum eſſe credebatur*

tur, heredem quidem onera hereditatis agnoscere, lucris autem frui fideicommissarium, ideo placuit imaginariam fieri venditionem, atque heres vno nummo totam vendebat hereditatem, et stipulationes quaedam fiebant heredem inter et legatarium siue fideicommissarium, dicebanturque stipulationes emtae et venditae hereditatis. Interrogabat enim heres fideicommissarium sic: spondesne fideicommissarie, si quid exigor ab hereditario creditore, illud mihi dare vel me defendere etiam, molestiisque immunem praestare? et dicebat fideicommissarius: spondeo. Interrogabat et fideicommissarius heredem sic: spondesne heres, si quid a debitore hereditario exegeris hoc mihi dare vel actiones mihi cedere, vt eas procuratorio nomine exigere possim? et dicebat heres: spondeo. §. 4. *Verum enim vero quum his ita se habentibus heres iudicium deuitare studens, in duas inciderat lites: cogebatur enim cum creditore hereditario litigare, et rursus cum fideicommissario agere, ex stipulatione puta, vt reciperet, quae soluisset, ideo temporibus Neronis, sub Trebellio Maximo et Anneo Seneca, Coss. Sctum b), factum est, sanciens, vt, si cui hereditas per fideicommissa relicta et restituta foret, omnes actiones quae secundum ius ciuile rigore legis heredi competeret, et aduersus heredem, hae ad fideicommissarium et aduersus fideicommissarium transirent, et postea Praetor huic decreta obsequens vtiles, id est obliquas, actiones fideicommissario et aduersus fideicommissarium dabat, quasi ipse heres esset: vt actor diceret: quasi heres esset —* §. 5. *Sed quoniam, quum hoc ita se haberet, heredes scripti omnes fere hereditatem, vt plurimum restituere rogati, adire verebantur, ob nullum aut minimum lucrum, atque ideo repudiabant, et inde fideicommissa extinguebantur, deinde temporibus Vespasiani, Pegaso et Pusione Coss. factum est Sctum Pegasianum sanciens, vt heredi rogato hereditatem alii restituere, liceat quartam*

par-

partem retinere, ſicut et ex L. Falc. quartam legatorum partem retinere permiſſum eſt; nec ſolum in immodicis fideicommiſſis vniuerſalibus, ſed etiam in ſingularibus eadem retentio ſpecialiter permiſſa fuit. Quod enim in legatis immodicis L. Falc. eſt, hoc in fideicommiſſis immodicis eſt Sctum Pegaſianum — §. 7. *Verum enim vero quia ſtipulationes ex Scto Pegaſiano inuentae antiquis diſplicebant et in caſibus quibusdam praeſtantiſſimus ICtorum Papin. damnoſas eas vocabat, ſanctiſſimo autem Imperatori noſtro cordi eſt, ſimplicia potius, quam difficultate plena eſſe iura, ideo relatis ad eum omnibus Sctorum ſimilitudinibus ac differentiis, placuit Pegaſian. poſterioribus inuentum temporibus, reiici, omnemque Trebell. Scto autoritatem tribui, vt ex eo hereditates fideicommiſſarie reſtituantur, ſiue quartam habeat heres ex voluntate teſtatoris, ſiue plus ſiue minus, ſiue nihil omnino. Si enim totam hereditatem aut vltra dodrantem heres ſcriptus reſtituere ſit rogatus, liceat illi totum quadrantem, aut etiam quod quadranti deeſt, ex conſtitutione Imperat. noſtri retinere, aut exſolutum quoque repetere, actionibus pro rata ex Scto Trebell. heredem inter et fideicommiſſarium diuidendis. Quod ſi omnem hereditatem volens reſtituerit heres, actiones omnes fideicommiſſario et aduerſus fideicommiſſarium dabantur. Sed illud etiam, quod praecipue Scto Pegaſiano continetur, religioſiſſimus Imper. noſter ſua conſtitutione in Trebell. transtulit: noſtri enim paulo ante edoctus, ſi heres hereditatem tanquam ſuſpectam adire recuſaret eum Scto Pegaſiano coactum fuiſſe adire, omnesque in fideicommiſſarium actiones transiiſſe. Hoc igitur ex ſolo Scto Trebell. fiat, et heres inuitus adeat, atque hereditatem fideicommiſſario volenti reſtituat, nec damno vllo aut lucro aliquo apud heredem manente.* §. 8. *Quaecunque tibi dicta ſunt de herede in aſſem ſcripto eadem tibi dicta ſunto, et ſi in partem aliquam, veluti in ſemiſſem*

aut

aut quadrantem scriptus rogatus est partem totam aut partis partem restituere. Hic enim eadem seruari sanctiss. Imp. noster iussit, quae de tota heredit. diximus.

a) *Paraphr.* Lib. 11. *Tit.* 23. add. §. 4. *I. de fideic. hered.*

b) A. Goveanvs Tr. *in Sctum Trebellianum*, LugdB. 1599. I. Hop *ad Sctum Trebellianum*, ib. 1748.

§. DCLXVII.

Post hanc igitur vicissitudinem rerum sequentia principia tenenda sunt: 1) ***heres restituta tota hereditate, ab omni actione creditorum defuncti aduersus eum instituenda liberatus est***, 2) ***eius verbalis restitutio sufficit***, 3) ***quartam Trebell. a) detrahere potest, si eam saluam non habet.*** Et quum quarta Pegasiana non nisi ipsa quarta falcidia fuerit *b*) etiam omnia ea principia de quarta hac Trebellianica valent, quae de quarta falcidia (§. 663. *seq.*) spectauimus, adeo vt et in iisdem casibus *cesset*, in quibus cessat falcidia. Sed et praeterea cessat haec quarta ***si quis coactus c) hereditatem adiit***, (§.*praec.*) ***quo casu alter cui hereditas vi fideicommissi restituta, loco heredis detrahit***, si ad vlteriorem obligatus est *d*). In duobus tantum quarta Trebell. sese distinguit *e*) a quarta falcidia, 1) ***quod in illa etiam ea imputentur quae heres directus etiam praeter heredis institutionis directae titulum relicta accepit***, 2) ***quod in quarta Trebell. etiam ea emolumenta obueniant, quae post mortem testatoris ad hereditatem accesserunt f***), adeoque ***fructus*** ab herede percepti quoque computantur, a quo tamen *liberi* immunes sunt *g*). Ceterum *liberi* fideicommisso vniuersali grauati iure quidem rom. non nisi *vnam* quartam deducere possunt, quoniam et quarta legitima non nisi quarta falc. erat, sed iure can. *h*) ***et legitimam et Trebell.*** detrahunt in fideicommissis conditionalibus, non vero puris *i*).

a) *a* Leys. Sp. 405. C. I. R. Mevrsivs Diss. *de q. Trebell.* Vltr. 1773.

b) *L* 16. §. 9. *L.* 2. §. 1. 22. *L.* 30. *pr. D. ad Sct. Trebell. L.* 30. §. 7. *L.* 47. §. 1. *L.* 86. *ad L. falc.* *c*) *L.*

c) *L.* 4. *D. ad Sct. Treb. Quia poterat fieri, vt heres institutus nolit adire hereditatem, veritus ne damno adficeretur, prospectum est, vt si fideicommissarius diceret, suo periculo adire et restitui sibi velle, cogatur heres institutus a Praet. adire et restituere hereditatem. Quod si fuerit factum, transeunt actiones ex Trebell. nec quart. commodo heres in restitut. vtetur: nec interest, soluendo sit hereditas, nec ne* — add. *L* 27. §. 3. *D. eod.* §. 7. *I. de fid. her.*

d) *L* 35. §. 2 *L.* 63. §. 11. *D. ad Sct. Treb.*

e) L. 91. *D. ad L. Falc.* (§. 662. not. *g*). *Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, siue legatum vel fideicommissum datum sit heredi, siue praecipere, vel deducere vel retinere iussus est: in quartam id ei imputatur.* add. L. 18. §. 1. L. 22. §. 2. *D. ad Sct. Treb.* H. Cocceii Diss. *de differentiis falc. et Treb.* (Ei. *Exerc.* T. 1. n. 69.) I. A. Bach Diss. *de his quae imputantur in quartam fiduciarii ad* L 91. *D. ad L. Falc.* Lps. 1756. (Ei. *opusc.*). A Wittert Diss. *quod in quartam ex Sct. Treb. imputandum,* Tr. ad Rh. 1737.

f) L. 27. §. 1. *ad Sct. Treb.*

g) L. 6. *C. ad Sct. Treb.*

h) *C. Raiuntius* 16. *et Raynaldus* 18. *X. de testam.*

i) Quoniam haec capitt. solum de conditionatis fideicommissis loquuntur, atque adeo quum leges correctoriae sint, vltra casum correctum extendi non debent. Alii autem propter verba *c.* 18. *cit. tertiam partem debitam iure naturae, in qua grauari nequiuit, nec non q. Treb quam quilibet extraneus restitutione grauatus deducere potuisset,* — etiam in puris duplicis quartae detract. admittunt. I. Schoene Diss: *de liberis heredibus institutis et fideicommisso vniuersali grauatis praeter legitimam Treb. detrahentibus,* Brem. 1741. I. G. A. Dahmen Diss. *de legit. et Treb. a filio grauato simul deducenda,* Heid. 1747. I. G. Baver Pr. *an heredibus, quibus legitima debetur, fideicommisso vniuersali grauatis duplex, leg. et Treb. deductio competat?* Lips. 1744.

Membrvm III.

De actionibus ex iure hereditario orientibus.

a) *De actionibus possessoriis.*

§. DCLXVIII.

Actiones quae *circa ius hereditarium versari* et ex eo-

eodem oriri possunt, vel ita sunt comparatae, vt *solam possessionem* rerum ad hereditatem obiectiue spectatam pertinentium, consequendam tendant, vel non. Priori in casu sunt *actiones possessoriae,* posteriori vero *actiones petitoriae.* Prioris generis actiones, vel heredi competunt post aditam hereditatem, vel etiam iis, quorum citra hereditatis aditionem interesse potest. Hoc in casu huc pertinet *interdictum de tabulis exhibendis,* illo vero interdictum *quorum bonorum* atque *interdictum quod legatorum.*

a) B. L. SCHWENDENDOERFFER Tr. *de action. success.* Lips. 1695. 1703. 1712. J. F. Hertel Streitschr. von denen remediis possessoriis u. petitoriis der Erbschafts. Jen 1743.

§. DCLXIX.

De interdicto de tabulis exhibendis.

Hoc interdictum datur *illi, cuius interest inspicere tabulas testamenti,* i. e. vltimam voluntatem scriptam, *contra possessorem, vt exhibeat actorique copiam faciat,* aut *si dolo malo suppresserit et praestare nequit, vt intersse praestet.* In omnibus fere imitatur actionem ad exhibendum (§. 317.) et differentia inter vtrumque remedium in eo solum posita videtur, *quod in actione ad exhibendum 1) finis sit, vt ipsam rem actor possidere eandemque vindicare velit, et 2) fundamentum, quod ius habeat eas possidendi, quod vero secus est in hoc interdicto.*

a) *L. 3. de tabb. exhib. Si tabulae testamenti apud aliquem depositae sunt a Titio, hoc interdicto agendum est, et cum eo qui detinet, et cum eo qui deposuit. Si ipse testator dum viuit tabulas suas esse dicat, et exhiberi desiderat, interdictum hoc locum non habebit, sed ad exhibendum erit agendum, vt exhibitas vindicet. — Solent autem exhiberi tabulas desiderare omnes omnino, qui quid in testamento adscriptum habent. Condemnatio autem huius iudicii, quanti interfuit, aestimari debet. Quare si heres scriptus hoc interdicto experiatur ad hereditatem referenda est aestimatio, et si legatum sit, tantum venit in aestimationem, quantum sit in legato — Interdictum hoc et post annum competere constat, sed et heredi, ceterisque successoribus competit.*

§. DCLXX.

§. DCLXX.

De interdicto quorum bonorum et de remedio L. fin. C. de Ed. D. H. toll.

Interdictum quorum bonorum datur *heredi contra eiusmodi possessorem de cuius meliori iure non constat, ad consequendam actualem rerum hereditariarum possessionem.* Ab initio solum dabatur bonorum possessori, postea quoque extensum est ad heredes ex iure ciuili, et tam ad heredes ab intestato, quam ad heredes testamentarios, et iure hodierno, pactitios. *Fundamentum* huius remedii est *demonstratio iuris hereditarii*, et *quod reus melius ius in continenti demonstrare non possit* vnde etiam omnes exceptiones altioris indaginis ad petitorium reiiciuntur, et *finis* est, *possessio rerum hereditariarum consequenda*, vnde restitutorium est interdictum *a*). Si aequale ius, non vero melius confestim a reo demonstratur, actorem in *compossessione* rerum hereditariarum suscipere debet reus. *Remedium L. fin. C. de Ed. D. Hadr. toll. b*) non est nisi *interdictum quorum bonorum ad eum specialem casum adplicatum quod quis testamentum nullo vitio visibili laborans profert*, eodemque modo instituitur *ad consequendam hereditatis possessionem saluo cuiuscunque iure potiori in petitorio deducendo.* Quumque igitur testamentum nullo vitio visibili laborare debeat, etiam hoc remedium ad *nuncupatiua testamenta non pertinet.* Quod autem ad *praeteritionem* adtinet, illa quidem testamentum aut nullum aut inofficiosum efficere potest, sed vitium visibile dici nequit, adeoque *heredi scripto hoc vitium quominus hoc remedio vti possit, impedimento esse nequit.* Intuitu vero *exheredationis* distinguendum, vtrum exheredationis caussa iusta (§. 648. 649.) testator vsus sit, nec ne. Posteriori in casu *testamentum vitio visibili laborat*, adeoque *remedium hoc tunc locum non habet*, *bene* vero *in priori casu.*

a) *L. 1. D. quor. bon. Hoc interdictum restitutorium est, et ad vniuersitatem bonorum, non ad singulas res pertinet, et appellatur quorum bonorum*

norum, et est adipiscendae possessionis vniuersorum bonorum L. 2 eod. *Interdicta quorum bon. deb. hered. non teneantur, sed tantum corpor. possessores.* P. Begvelin Diss. *de interd. quorum bon.* Bas. 1696.

b) a Leyser Sp. c. 500. I P Schroeter Pr. *an et quatenus rem ex L. f. C. de Ed. D. H. toll. ex conuentione success. applicand. sit* Vit. 1727. I P de Spreckelsen Diss. *de remedio ex L. vlt. C. de Ed. D. H. toll.* Goett. 1749. I E Linck Diss. *de vsu rem. L. f. C. de Ed. D. H. toll. praecipue in causis feudal.* Arg. 1742. C Gmelin *Comm. de rem. L. f. C. de C. D. H. toll.* Erl. 1773.

c) L. vlt. C. de Ed. D. H. toll. — *sancimus vt si quis ex asse vel ex parte institutus competenti iudici testamentum ostenderit non cancellatum neque abolitum, neque ex quacunque suae formae parte vitiatum sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testat. mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam testificatione publicar. personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tunc in iudicio competenti causae in possessionem missioni et subsecutae contradictionis ventilentur, et ei possessio adquiratur, qui potiora ex legitimis modis iura ostenderet, siue qui missus est, siue qui antea detinens contradicendum putauit, nullis angustiis temporum huiusmodi missione computanda — Siue enim post annale tempus siue post maioris aeui curricula aliqui fuerit missus, si tamen ex legitime formato testamento missio procedat, nullum ei temporis obstaculum obiiciatur, nisi tant. temp. effluxerit, quod possit vel possess. plenissime securitat. super dominio praestare, vel ipsi qui missus est, omnem intention. excludere.*

§. DCLXXI.
De interdicto quod legatorum.

Est et hoc interdictum adipiscendae possessionis, *quod heres instituit aduersus legatarium, qui propria autoritate, ante hereditatis adquisitionem heredis, possessionem rerum legatarum aut hereditariarum legati nomine occupauit, vt reus res occupatas heredi restituat a).* Si *post aditionem* hereditatis legatarius id fecit, *interdictum vnde vi* et *actio spolii locum habet.* Debet autem *heredis* propter falcidiam detrahendam propter conditionis pendentiam, aut propter aliam caussam *interesse*, debetque *heres cautionem praestare* de legato suo tempore restituendo.

a) L.

a) *L. 1. D. quod legat. — Est autem et ipsum adipiscendae possessionis et continet hanc causam, vt quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupauit, id restituat heredi. — —*

b) *De actionibus hereditariis petitoriis.*

§. DCLXXII.

Subordinatio earundem.

In actionibus petitoriis disputatur *de ipso iure emolumentum hereditarium percipiendi* illaeque

vel 1) *contra heredem directum* instituuntur ab iis quibus aliquid est relictum
huc pertinet *act. pers. ex testam.* §. seq.

vel 2) ab herede *contra alios*,
- *a*) vt testamentum remoueatur — *querela nullitatis*, (§. 675.), *querela inoff.* (§. 676.).
- *b*) vt hereditas actori restituatur,
  - α) contra coher. — *actio fam. hercisc.* (§. 679.)
  - β) contra extraneum — *hereditatis petitio* et quidem *fideicommissaria* ab herede fideicommiss. *directa* autem ab herede directo, *possessoria* a b. p. *ciuilis* ab herede ciuili instituitur.
    - a) *vniuersalis* hered. petit.
    - b) hered. pet. *partialis*.

§. DCLXXIII.

De actionibus quae legatariis et fideicommissariis competunt. De personali aduersus ipsum heredem.

Ad legata consequenda *a*) 1) contra ipsum heredem competit *actio personalis ex testamento. Hereditatis* enim *aditio*, et in genere *emolumenti hereditarii adquisitio, obligationem quasi ex contractu b*) *producit ad ea, quae in testamento relicta et heredi imposita sunt, adimplenda*, indeque etiam haec actio personalis est, adeoque solum aduersus heredem instituitur. Obligatio haec quasi ex mandato illique similis habetur. *Finis* igitur huius actionis est, *vt illud consequamur, quod in vltima*

volun-

voluntate relictum est, simulque *vt vsurae ex tempore morae seu scientiae soluantur c)*, *et fructus percepti et ordinaria diligentia percipiendi praestentur*, *vt et damna lata vel leui culpa data resarciantur*. Quoad *fructus* tamen notandum: *terminum a quo* 1) *in legatis conditionalibus demum a tempore existentiae conditionis computari d)*, 2) *in legato vsus* et *vsusfructus a die aditae hereditatis e)* 3) *in legatis pecuniis, a die aditae hereditatis* aut si moram in adeunda hereditate commisit, *a die morae commissae f)*, 4) *in legatis puris* quoque *a die aditae hereditatis*, non ex die mortis *g)*. *Fundamentum* est *valida vltima dispositio* et *adgnitio heredis* (§. 426. 427.). Haec actio in foro defuncti neutiquam, sed solum *in foro heredis*, institui potest, et quatenus legatum ad heredes transit, eatenus etiam haec actio *in heredes* deuoluitur.

a) a LEYS. Sp. 381. I. G. BAVER Pr. *de processu executiuo ob caus. legati non admittendo*, Lips. 1758. F. A. FISCHER Pr. *num legat. hered. ex testam. processu executiuo conuenire queat*, Vit 1783.

b) *§. 5. I de oblig. quae quas. ex contr. Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede neque cum defuncto vllum negotium legatarius gessisse proprie dici potest) et tamen quia ex maleficio non est obligatus. quasi ex contractu debere intelligitur.* I. C. SPRINGER Diss. *an testamenta magis inter leges, quam inter contractus improprios siue quasi contractus sunt referenda*, Erl 1777.

c) *L. fin. C. de vsur. et fruct. legat. In legatis seu fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis, consequuntur siue in rem siue in personam agatur.*

d) *L. 5. §. 2. D. quando dies leg.* (§. 648. not. *b.*)

e) *L. vn. §. 2. D. quando dies vsusfr. leg. ced.* (*§. cit. not.*).

f) *L. 23. de leg. 1. L. 84. de leg. 2. L. 26. de leg. 3.* L. 1. *et vlt. C. de vsur. et fruct. legat.*

g) Licet enim dominium rei pure legatae testatori propriae ipso iure statim post mortem testatoris in legatarium transeat (§. 648. not. *d*), adeoque fructus ad legatarium quoque pertinere videri possit, contrarium tamen propter expressam generalem dispositionem L. *vlt. C. cit. (not. c)* verisimillius est. add. L. 23. *de leg. 1. si quis*

bono-

bonorum partem legauerit, vt hodie fit, sine fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis. L. 32. D. *de legat.* 2. H. Lvis Diss. *de natura legati generatim et in specie quo tempore debeantur fructus et vsurae legati,* Goett. 1787.

§. DCLXXIV.

De reali contra quemuis possessorem rerum legatarum.

Quum in legato puro rei testatoris propriae dominium absque omni translatione heredis legatario adquiratur (§. 648), etiam *legatario competit aduersus quemuis possessorem rei vindicatio.* Praeterea quoque *legatariis competit hypotheca generalis in omnia bona testatoris ab herede adquisita,* adeoque et eatenus recte a legatariis instituitur *actio hypothecaria a). Fideicommissariis* ab initio non actio quaedam, sed tantum *imploratio officii iudicis* extraordinario beneficio, vnde *extraordinaria persecutio* dicebatur *b*), competebat, sed postquam tam ex SCto Trebell. quam ex SCto Pegas. heres directus et fiduciarius ex formula fideicommissi ad hereditatem restituendam cogi poterat sequentibus temporibus, etiam omnibus fideicommissariis *eaedem actiones dabantur, quae legatariis competunt.*

a) *L.* 1. *C. Commun. de legat.*

b) *L.* 178. §. 2. *D. de V. S.*

§. DCLXXV.

De actionibus heredibus competentibus; de querela nullitatis.

Qui testamentum tamquam nullum impugnat, petitque vt testamentum pro nullo declaretur, querela nullitatis vti dicitur. Datur itaque haec querela *heredi ab intestato,* et moribus etiam germanicis *heredi pactitio* quatenus pacta successoria in Germ. valent (§. 612.) *contra heredem testamentarium, ad testamentum nullum declarandum,* et *vt inde hereditas ab intestato restituatur.* Ad *possessionem hereditatis consequendam* eiusque restitutionem ab herede possessore faciendam proprie *non da-*

tur,

tur, ſed hic finis ſolum ex *cumulata* cum hoc remedio, *hereditatis petitione oritur*. Nullum teſtamentum hoc loco omne illud dicitur, quod ſupra (§. 577. ſeq.), teſtamentum iniuſtum, nullum in ſpecie, deſtitutum, irritum, et ruptum diximus. *Fundamenta* huius querelae ſunt, 1) *ius ſuccedendi aut ab inteſtato aut ex teſtamento potiori, aut ex pacto ſucceſſorio actori competens*, 2) *nullitas teſtamenti*, 3) *ratione rei, vt vltimam voluntatem adgnouerit, ſibique hereditatem ex teſtamento tribuat*. *Durat* autem *perpetuo* i. e. per triginta annos, et *tranſit in vtriusque* tam *rei* quam *actoris heredes*. De *effectibus* intuitu legatorum et fideicommiſſorum iam ſupra diximus. (*§§. citt.*).

a) T. I. Reinharth Diſſ. *de querelarum nullitatis et inofficioſi teſtam. differentiis et vſu earum pract.* Goett. 1737.

§. DCLXXVI.

De querela inofficioſi.

Alterum remedium ad teſtamentum impugnandum, eſt *querela inofficioſi a*). *Finis* eiusdem eſt *vt teſtamentum pro inofficioſo declaretur*, adeoque *heredis inſtitutio directa corruat* (§. 587). Ad *reſtitutionem hereditatis b*) haec querela tamquam remedium reſcindens *non datur*, licet ſi iterum cum hereditatis petitione cumulatur, quod commode fieri poteſt et ſolet, etiam hereditatis reſtitutio peti poſſit. *Fundamentum* huius querelae conſiſtit 1) *in teſtamento inofficioſo* vt *ſcilicet a deſcendentibus et adſcendentibus cauſſa exheredationis Nou.* 115. *adprobata, falſa dicatur, a fratribus* autem *perſona inſtituta turpis aut infamis dicatur*. Non autem deſcendentes falſitatem cauſſae ſed potius *heres c*) *veritatem probare debet, fratres* autem ſolum *turpitudinem perſonae inſtitutae* probare debent, non vero vt plerique docent, *ſeſe non fuiſſe ingratos d*): 2) *in ſucceſſione ab inteſtato actori competente*, 3) *in eo, quod heres teſtamentum adgnouerit*

sibique successionem arroget. Quum testamento rescisso hereditas ab intestato restituatur, etiam *non querenti e*) proficua est victoria ab alio reportata. Non transit ad heredes *f)* nisi iure proprio et nisi iam praeparata sit, et extinguitur per V. annos. Quod et iure Nouellar. obtinere debet, licet insaniae color non amplius querelae sit fundamentum (§. 543.). *Cessat* praeterea haec querela *si actor testamentum adgnouit* etsi alieno nomine, non autem si ex *officii necessitate h*) hoc fecerit. Iure anteriori pro *adgnitione testamenti tacita* reputabatur, *si quis legatum ex tali testamento petierit*, et quidem recte, quoniam si testamentum inofficiosum erat, legata peti non poterant, quod quum iure recentiori in querela a descendentibus et adscendentibus mouenda, secus sit (§. 587.), etiam hodie petitio legati adgnitionem testamenti tacitam continere amplius nequit. *Condictio supletoria* tendit *ad supplendam i*) *legitimam* (§. 589.), et *durat* perpetuo *transitque* in omnes heredes.

a) P. B. GERDES Diss. *de vsu practico querelae inofficiosi testamenti, eique adfinium*, Gryph. 1730. S. C. IESTER Diss. *de exiguo vsu querelae inofficiosi testamenti in foro Prutenico*, Regiom. 1736. A. C. DORN Diss. *Singularia querelae testam. inofficiosi capita ab erroribus DD. vindicata.* Kil. 1740.

b) Inutilis est quaestio: *vtrum querela inofficiosi testamenti sit hereditatis petitio?* quum ea, qua talis, nunquam hereditatis petitio esse possit. Id etiam origo et historia eiusdem clare ostendit. Namque querela inofficiosi testam. in iudicio centumuirali instituebatur (§. 537.) et rescisso demum testamento, hereditatis petitione apud Praetorem agebat victor, quoniam iudicium centumuirale mixto et omni imperio destitutum erat. Sed deinde remedium rescindens et rescissorium i. e. querela inofficiosi et hereditatis petitio simul apud eundem iudicem instituebatur et ex cumulatione vtriusque actionis tractabatur, vnde etiam non obstant *L.* 20. *L.* 21. §. 2. *L.* 27. §. 3. *D. de inoff. test* quin potius *L.* 20. actio inofficiosi et hereditatis petitio a se inuicem expresse secernan-

nantur. Immo et hodie querela haec absque hereditatis petitione instituitur, si nempe querens iam in possessione hereditatis est, et tantummodo ad testamenti inofficiosi rescissionem agit. I. M. ROTERMVNDT Diss. *vtrum querela inofficiosi testamenti sit quaedam hereditatis petitionis species.* Erford.

c) *Nou.* 115. *c.* 3. — *et scripti heredes nominatim vel nominatas causas vel vnam ex his veram esse monstrauerint.*

d) M. H. GRIBNER Diss. *vtrum fratres instituta quer. inoff. testam. probari teneantur, se non fuisse ingratos,* Viteb. 1743. (Ei. *opusc. iur. priu. n.* 2.).

e) F. A. HOMMEL Diss. *de victoria quer. inoff. testamenti iuxta ordinem edicti succ. institutae intuitu non querentis,* Hal. 1749. rec. 1765.

f) *L. 6. D. de inoff. test. Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit an ad heredem suum querelam transfert? Papinianus respondit — si post adgnitam b. p decesserit, esse successionem. Et si non sit petita b. p. iam tamen coepta controuersia vel praeparata, vel si cum venit ad mouendam inofficiosi querelam, decessit, puto ad heredem transire. L. 7. praeparasse litem — si comminatus tantum accusationem fuerit, vel vsque ad denunciationem vel libelli dationem processerit* — add. *L.* 34. 36. *C. eod.* C. F. WALCH Diss. *de transitu querelae inofficiosi testamenti ad heredes,* Ien. 1772.

g) *L.* 8. §. *fin. L.* 9. *D. de inoff. test. L.* 34. *C. eod.* — *nisi pater adhuc superstes vel repudiauit querelam, vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem.* add. *L.* 36. *C. eod.* F. W. PESTEL Progr. *de differentia querelae inofficiosi.* J. J. Schierschmidt Ursachen, warum die querela inoff. test. in 5 Jahren präscribirt wird, (Erlang. gel. Anz. v. J. 1746.).

h) *L. vlt. D. eod. Si exheredatus petenti legatum ex testamento aduocationem praebuit, prouocationemue susceperit, remouetur ab accusatione: adgnouisse enim videtur qui qualequale iudicium defuncti comprobauit,* §. *pen. I. eod. Sed si e contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit (tutor) et superatus est, ipse tutor, quod sibi in testamento eodem legatum relictum est, non amittit.*

i) *L.* 30. *C. de inoff. test.* (§. 559. *not.* a). a LEYSER Spec. 93. C. HEINECKEN Diss. *de parentibus ex L.* 30. *C. de inoff. test. agere valentibus,* Helmst, 1762.

§. DCLXXVII.

De hereditatis petitione.

Ad hereditatem obiectiue conſequendam competit *hereditatis petitio a*), quae eſt *actio mixta heredi competens aduerſus quemcunque qui hereditatem tamquam vniuerſitatem iuris vel pro herede vel pro poſſeſſore poſſidet, ad hereditatem conſequendam et praeſtationes perſonales faciendas. Datur* itaque *heredi* ſiue teſtamentario ſiue legitimo ſiue pactitio ſiue ſubſtituto ſiue ciuili ſiue bonorum poſſeſſori (vnde hereditatis petitio *poſſeſſoria* (§. 673.) ſiue directo ſiue fideicommiſſario (vnde *h. p. fideicommiſſaria §. cit*, adeoque etiam ceſſionario ſeu emtori hereditatis. *Reus* in hac actione eſt *is qui hereditatem tanquam vniuerſitatem iuris poſſidet*, adeoque contra poſſeſſorem rei ſingularis hereditariae non haec, ſed rei vindicatio, datur *b*), vnde etiam contra debitorem hereditarium non haec, ſed actio quam defunctus habuit, inſtituitur, niſi *debitor* qua heres ſolutionem denegat. *Pro poſſeſſore c*), poſſidere dicitur is, *qui quidem res hereditarias tanquam vniuerſitatem iuris poſſidet, nullum autem titulum allegare poteſt.* Non ſolum autem contra poſſeſſorem *verum*, ſed quandoque contra eum qui poſſidere tantum *fingitur d*), qualis habetur 1) *qui dolo malo deſiit poſſidere*, 2) *qui liti ſeſe obtrudit.* i. e. qui in ingreſſu litis ſe poſſeſſorem dixit. Hi ficti poſſeſſores *tenentur, ſi actor a vero poſſeſſore antea conuento nihil conſequi potuit, aut verus poſſeſſor nondum conuentus eſt et conueniri nequit.*

a) A. a LEYSER Spec. 94. *de hereditatis petitione.* G. G. L. BENECKE Diſſ. *de vero hereditatis petitionis obiecto ſeruitutes excludente*, Gieſſ. 1741. G. G. *van de* POLL Diſſ. *de eo quod venit in hereditatis petitione.*

b) L. 13. §. *fin. D. de heredit. pet. Item a debitore hereditario quaſi a iuris poſſeſſore. Nam et a iuris poſſeſſoribus poſſe hereditatem peti conſtat* L. 42. *eod. Si debitor hereditarius*

tarius non ideo nolit soluere, quod se dicat heredem, sed ideo, quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione. add. *L. 9. D. L. 7. C. eod.* C. H. Brevning Diss. *an hereditatis petitio rei singularis ex hereditate vindicationem suspendat*, Lips. 1772.

c) *L. 11. D. de hered. petit. Pro herede possidet qui putat se heredem esse. — Sed enim et b. p. pro herede videtur possidere. Pro possessore vero possidet praedo. L. 12. eod. Qui interrogatus cur possideat, responsurus sit, quia possideo, nec contendet se heredem vel per mendacium. L. 13. Nec vllam causam possessionis possit dicere. Et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.* Vlpianvm refutare ausus est C. F. Hommel in *Rhaps. obs.* 675.

d) *L. 13. §. 13. eod. Non solum autem ab eo hereditas peti potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur. Et Celsus scribit ex dolo eum teneri. Dolo enim facere eum, qui se offert petitioni, quam sententiam generaliter Marcellus — probat: omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri. § 14. Item si quis dolo malo fecerit, quo minus possideat, hereditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit iudicium pati, Marcellus tractat, num forte euanescat aduersus eum qui desiit, litis aestimatio. Et magis euanescere ait, nisi petentis intersit. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere, indubitatum erit, euanescere. Sed si is, qui dolo desiit, ante conueniatur: eum, qui possidet, non liberabit.* I. H. C. Erxleben Diss *de eo quod iuris est circa fictam possessionem maxime quoad rei vindicationem et hereditatis petitionem*, Goett. 1778.

§. DCLXXVIII.

Fines huius actionis sunt 1) *vt res hereditariae mediante inuentario aut iurata specificatione restituantur*, 2) *vt res alienae a) quoque in hereditate repertae* 3) *simulque fructus percepti et percipiendi reddantur. Bonae fidei possessor* solum *perceptos* eatenus restituit, *quatenus locupletior inde existit b). Malae* vero *fidei possessor* omnes omnino restituit fructus, etiam *percipiendos c*), et pro tali etiam habetur post

l. c.

l. c. qui ante in bona fide fuit. 4) *Ad pretium ex alienatione rerum redactarum tradendum*, quoniam in hereditate principium obtinet, *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii e*) (§. 428. *not. f.*), et actori licet a m. f. possessore aut *rem* repetere aut *pretium*. Poenam quoque conuentionalem non autem eam quae cum persona solum cohaeret *f*) actor petere potest. M. f. quoque possessor de *quauis* culpa et *casu g*) *fortuito* tenetur, qui non aeque in persona heredis contigerit. *Fundamentum* huius actionis est 1) *ius hereditarium* et *mors defuncti*, 2) *possessio et administratio hereditatis* quae probari *h*) debent ab actore. *Durat* per triginta annos tanquam actio mixta *i*), nec longius tempus durat, etiamsi liberi hereditatem paternam petant *k*). Bonae fidei possessor *impensas* necessarias et vtiles indistinctim, voluptuarias tantum si adhuc supersunt, m. f. possessor autem necessarias et vtiles solum, si res in quam factae sunt melior existat, voluptarias tantum tollit quatenus salua re tollit possunt.

a) *L.* 19. *eod. Et non tantum hereditaria corpora sed et quae non sunt hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet; vt res pignori datae defuncto commodatae depositaeue.* add. *L.* 16. §. 1. *L.* 17. §. 2. *L.* 27. *L.* 52. *eod.*

b) *L.* 25. §. 11. *D. eod. Consuluit Senatus b. f. possessoribus ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quod locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumtum fecerint ex hereditate, si quid dilapidauerunt, perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. Nec si donauerint locupletiores facti videbuntur quamuis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligauerunt.* I. T. RICHTER Comm. *de duplici fructus percipiendi ratione, quam b. f. possessoribus iura permittunt*, Lips. 1741. M. B. HERING Diss. *de prodigo felici in materia de fructuum restitutione*, Rost. 1741.

c) *L.* 20. §. 6. *eod. L.* 25. §. 2. *D. eod. Quod autem ait Senatus, eos qui bona inuasissent loquitur de praedonibus, i. e. de his qui cum scirent ad se non pertinere hereditatem, inuaserunt bona: scilicet cum nullam causam haberent possi-*

possidendi. Sed et fructus non quos perceperunt inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestaturos. add. *L.* 38. *D.* MEIER Diss. *de hereditate eiusque petitione ac restitutione ad SCt. Iuuentianum Graecis Hadrianum in L.* 20. §. 6. *D. de hered. petit.* Marb. 1771. Meditt. 26. n. 66. A. I. TVRIN Progr. *ad L.* 38. *D. de her pet.*

d) *L.* 25. §. 7. *D. eod Si ante litem contestatam, inquit, fecerint. Hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse.* —

e) *L.* 22. *D. eod.* — *Nam et in oratione D. Hadriani ita est: Dispicite P. C. numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit reddere: qui potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est. L.* 23. — *Proinde si non solum pretium, sed etiam poena tardius pretio soluto peruenerit, poterit dici quia locupletior in totum factus est, debere venire: licet de pretio solummodo senatus sit locutus.*

f) *L.* 24. *D. eod.*

g) *L.* 40. *pr. D eod.*

h) I. I. STETTER Diss. *de probatione in hereditatis petitione,* Giess. 1691. I. F. WAHL Diss. *cui necessitas probandi in petitione hereditatis absentis incumbat,* Goett. 1751.

i) *L.* 7. *C. eod. Hereditatis petitionem, quae aduersus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non submoneri, nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat. A caeteris autem tantum specialibus in rem actionibus vindicare posse manifestum est, si non agentis intentio per vsucapionem vel longum tempus exclusa sit.*

k) Singularis fuit opinio CARPZOVII putantis, liberos per nonagintos annos hereditatem petere posse, quoniam liberi ex triplici edicto, vnde liberi, vnde legitimi, vnde cognati, hereditatem iure praetorio petere poterant. *de* CRAMER *Descendentes a successione adscendentium non nisi* 90. *annis etiam praxi camerali excluduntur,* (Ei. *Obss. Iur. vn.* P. 1. *n.* 327.) I. F. LVDOVICI Diss. *de praescriptione nonagenaria,* Hal. C. L. CRELL Diss. *de praescriptione petitionis hereditatis paternae et auitae,* Vit. 1738. H. G. KLETTE (Praes. A. F. SCHOTT)

SCHOTT) Diss. *de iusto praescriptionis tempore in paterna hereditate petenda liberis definito.* Lips. 1769.

l) *L.* 37. 38. 39. *D. eod.* L. 13. *D. de cond. furt.*

§. DCLXXIX.

De actione familiae herciscundae.

Actio familiae herciscundae a) est *actio mixtu quae datur coheredi aduersus coheredem ad diuidendam hereditatem et praestationes personales faciendas.* Actor igitur reum tanquam coheredem agnoscit, nihilque interest vtrum sint coheredes ciuiles, an praetorii, testamentarii, intestati et pactitii *b*). *Fines* huius actionis sunt 1) *vt diuidatur hereditas*, 2) *vt reus administrationis gestae rationes reddat*, 3) *lucra percepta pro rata communicet*, 4) *impensas necessarias et vtiles pro rata restituat*, 5) *damna culpa lata aut leui in concreto c*) *data resarciat*, 6) *inaequalem diuisionem corrigat*, 7) *vsurasque morae praestet.*

a) *L.* 3. *C. comm. vtr. indic. Maioribus etiam per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis diuisionibus solet subueniri: quia in b. f. iudiciis quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* G. C. GEBAVER Diss. *de hercto cito ob inaequalitatem reformando. ad L.* 3. *C. comm. vtr. ind.* Goett. 1738. *de* CRAMER Ob in materia familiae erciscundae eine jede merkliche laesio ad rescindendam diuisionem hinlänglich sey: (Ei. W. N. St. p. 114. p. 277.). I. VOET Tr. *de familia herciscunda*, Vltr. 1673. G. A. IOACHIMVS Diss. *de iudicio familiae erciscundae*, Lips. 1726. M. GRASSVS Diss. *de arbitris familiae erciscundae*, Tub. 1728. C. G. STRECKER Diss. *de act. fam. herc.* Erf. 1739. I. G. WOLFF Diss. *de diuisione legitima extrai. ob modicam laesionem nec impugnanda, nec rescindenda nec reformanda*, Alt. 1756.

b) *L.* 2. *L.* 24. §. 1. *fam. hercisc. L.* 40 *eod. Si ex asse heres institutus rogatus sit mihi partem aliquam restituere, velut dimidiam, vtile familiae erciscundae iudicium recte inter nos agetur.*

c) L. 25. §. 16. *D. eod. Talem igitur diligentiam praestare debet,*

debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duobus res legata sit nam et hoc coniunxit ad societatem non consensus sed res.

§. DCLXXX.

Diuisio debet fieri aequaliter *pro rata portionum relictarum* et *aestimatio* debet fieri per *taxatores publicos*, indeque si priuata ratione diuisio et aestimatio facta est, laesio quaecunque reparanda videtur *a*). Alii in aestimatione rerum solum laesionem vltra dimidium admittunt *b*). Res autem quaedam vel physice, vel moraliter, diuidi nequeunt. *Priores* illi adiudicantur, qui ex heredibus plurimum offert *c*), aut inter aequaliter offerentes, qui maiorem rei diuidendae partem habet *d*). Quin etiam ad subhastationem publicam prouocare possint coheredes *e*). *Instrumenta f*) quae possessionem rerum respiciunt, adeum pertinent, qui res istas accepit, et ea quae super debitis conscripta sunt illi sunt exhibenda, cui debitum est adsignatum, cetera illi, qui ex maiori parte heres scriptus est, concessis copiis reliquis coheredibus, et si omnes aequali ratione succedunt sorte dirimenda res erit, si inter se non conueniant. *Posteriores* sunt *res nociuae g*), quae absque periculo heredibus relinqui nequeunt, et *res scelere adquisitae*, quippe quae fisco cedunt. Praeterea *nomina* tam *actiua* quam *vassiua diuisione non indigent*, quoniam *ipso iure diuisa sunt k*), adeo vt tam creditoribus pactum inter coheredes initum, quo nomina passiua in aliquam translata sunt non noceat, quam etiam coheres pro sua tantum parte nomine proprio, pro reliqua autem parte ex cessione agere posset. *Euictionem* sibi heredes inuicem praestare debent, sed in *nominum diuisione* solam veritatem, hac etiam in specie cessionis, praestant *i*.)

a) L. 3. C. *comm. vtr. iud.*

b) L. 8. C. *eod. Si inter vos maiores annis viginti quinque rerum communium diuisio relicta, vel translata possessione finem accepit, instaurari mutuo bona fide terminata consensu minime possunt.*

c) L.

c) L. 22. §. 1. D. fam. ercisc. L. 1. C. comm. diuid.

d) L. 22. D. eod. L. 34. §. 2. C. de donat.

e) L. 3. C. comm. diuid.

f) L. 4. §. 3. L. 5. D. fam. hercisc.

g) L. 4. D. 1. eod. *Mala medicamenta et venena veniunt quidem in iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet: boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem debebit facere in libris improbatae lectionis, magicis forte vel his similibus. Haec enim omnia protinus corrumpenda sunt*, §. 2. *Sed et si quid ex peculatu vel ex sacrilegio adquisitum erit, vel vi aut latrocinio aut adgressura, hoc non diuidetur.*

h) L. 2. §. vlt. D. eod. *In hoc iudicium et si nomina non veniunt, tamen si stipulationes interpositae fuerint de diuisione eorum vt stetur ei, et vt alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur conuentioni* add. L. 25. §. 1. D. L. 23. C. eod. I. C. Apitz Progr. *ad* L. 2. D. *fam. ercisc.* Lips. 1754.

i) L. 14. C. eod. L. 77. §. 8. D. de leg. 2. I. T. Müller Diss. *de euictione a coherede coheredi, vbi diuisio a testatore facta, nunquam praestanda*, Heidelb. 1764. R. C. Henne Pr. *de hereditatis diuisione, emtionis vicem sustinente*, Erf. 1766.

§. DCLXXXI.

Fundamenta huius actionis sunt 1) *ius cohereditarium*, 2) *administratio hereditatis* vel solitaria vel communis, 3) *inaequalis diuisio;* quae omnia fundamenta, negante reo, probari debent. *Transit* tam in heredes actoris quam in heredes rei, et *praescribitur* eidem per triginta annos, quoniam mixta est. In hac praescriptione requiritur, vt coheres eam partem tanquam propriam possederit, quum, si tanquam communem possedit, nunquam praescriptioni locus sit.





